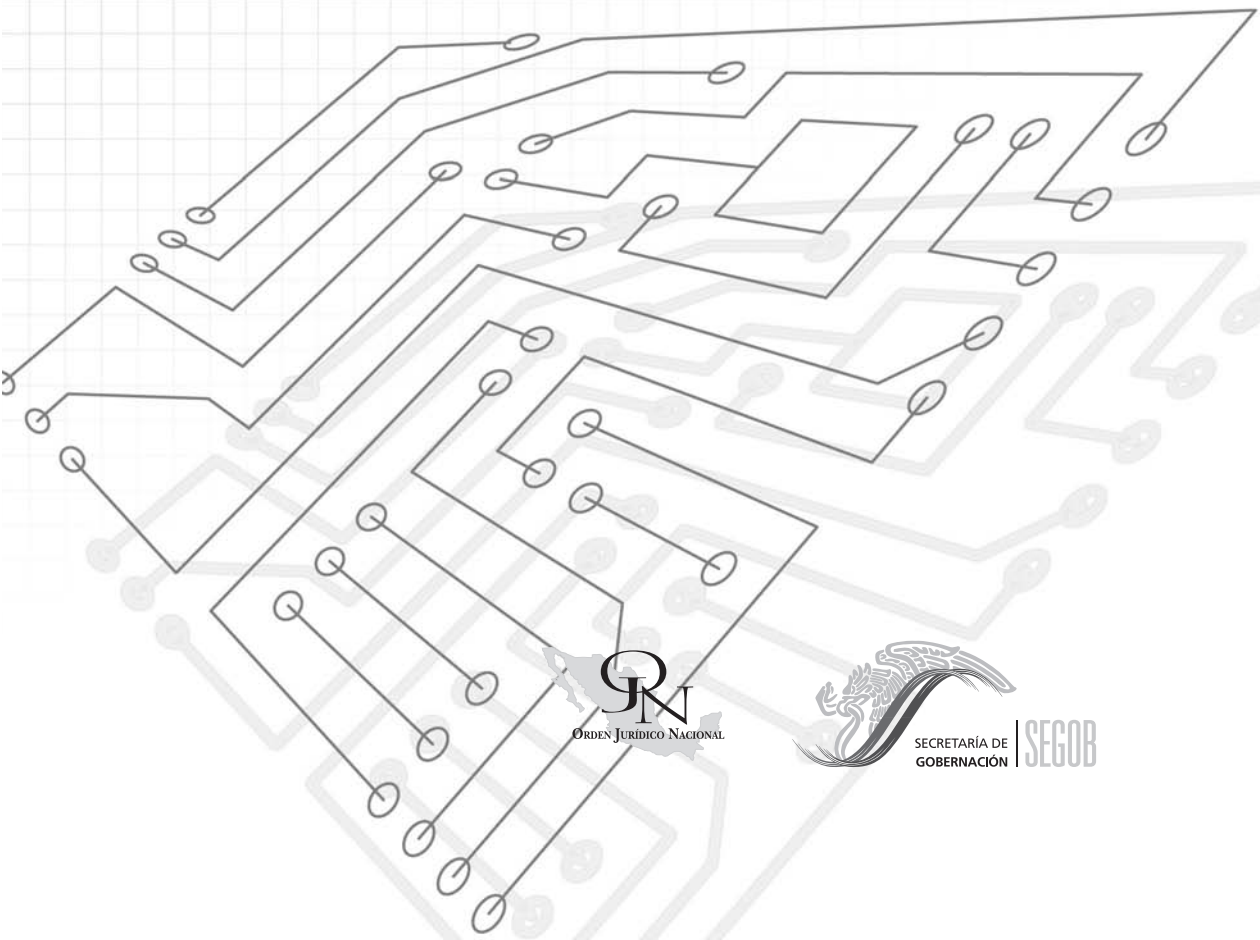
Temas de Derecho Informático





Temas de Derecho Informático



Orden Jurídico Nacional

Secretaría de Gobernación | SEGOB

Créditos

Coordinador general
Eduardo Castellanos Hernández

Coordinador de investigación
Ernesto Granados Poblano

Autores de los artículos especializados
Gaudencio Delgado Flores
Julio Téllez Valdés (coordinador)

Investigación documental
Ernesto Reyes Cadena
Claudia Ivette Ángeles Villegas

Diseño y formación editorial
José Amaya Hernández
Rocío Miranda Calixto
Carlos Papaqui Landeros
Samuel Carmona Corpus
Sandra Pardo Pastrana

Temas de Derecho Informático
Primera edición, junio de 2006
© 2006
Secretaría de Gobernación
Dirección General de Compilación y
Consulta del Orden Jurídico Nacional
http://www.gobernacion.gob.mx
http://www.ordenjuridico.gob.mx
Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 970-628-921-6
Impreso en México / Printed in Mexico

Directorio de la Secretaría de Gobernación

Carlos María Abascal Carranza
Secretario

Arturo Chávez Chávez
Subsecretario de Gobierno

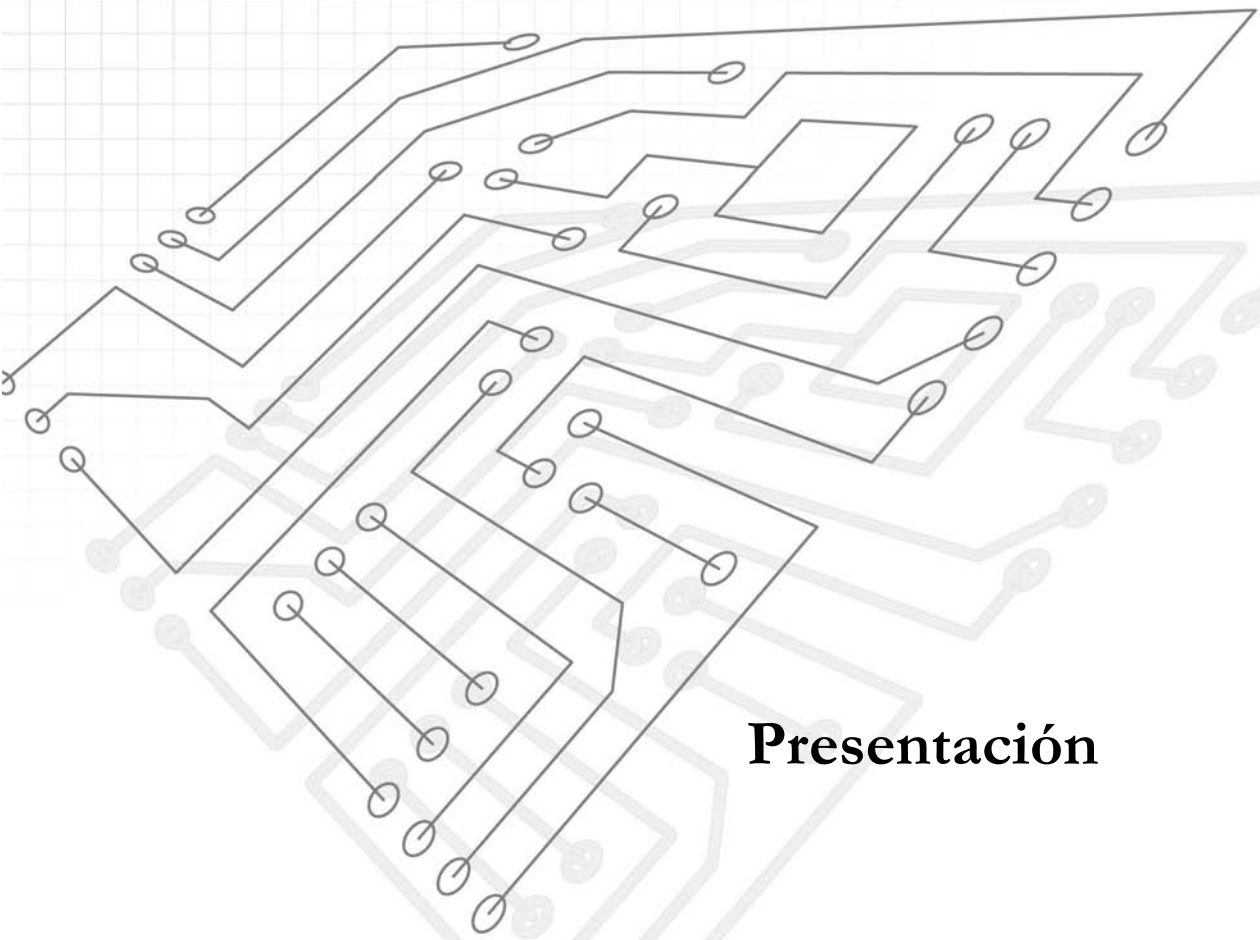
Dionisio A. Meade y García de León
Subsecretario de Enlace Legislativo

Pablo Muñoz y Rojas
Subsecretario de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos

Lauro López Sánchez
Subsecretario de Población, Migración y Asuntos Religiosos

Enrique Aranda Pedroza
Subsecretario de Normatividad de Medios

Raúl Alberto Navarro Garza
Oficial Mayor



Presentación

:: Presentación

El mundo contemporáneo no puede explicarse sin el progreso tecnológico y la rapidez de su avance. Las nuevas tecnologías, particularmente las informáticas, inciden cada vez más en prácticamente todas las actividades y la sociedad debe plantearse el papel de aquéllas como elemento imprescindible y determinante en nuestras vidas.

Esto ha llevado a la necesidad de crear y desarrollar una normatividad específica, esto es, un "Derecho Informático" para regular el fenómeno informático, si bien es cierto que ya existen figuras creadas especialmente e incluso un incipiente Derecho Convencional en la materia (a través de Convenciones sobre firma electrónica o comercio electrónico, por ejemplo).

Esta construcción la debemos impulsar en el Derecho nacional y en el Derecho Internacional. Un mundo cada vez más integrado requiere de un Derecho cada más uniforme que facilite los contactos intergubernamentales, el tráfico jurídico privado, la impartición de justicia y la gobernabilidad democrática.

Esta diversidad de materias nos permite comprender la amplitud del ámbito del Derecho Informático y apreciar la imposibilidad de hacer una delimitación tajante respecto de otras ramas del Derecho. Comparte aspectos de las ramas que integran el Derecho Privado, involucra figuras y competencias del Derecho Público y tiene trascendencia, también, en el campo del Derecho Social.

Esto se debe a que por un lado, la informática es un medio, una técnica y una tecnología de múltiples aplicaciones, modalidades y propósitos. Así, podemos distinguir que la informática aplicada en las Ciencias Exactas, en las

Sociales o en las Naturales no es la misma. Sólo se comparten, por ejemplo, los medios electrónicos. El criterio y modalidad de aplicación, es diferente.

Sin embargo, si la informática en general es objeto del Derecho Informático, también lo serán sus variantes de aplicación, una de las cuales es la Informática Jurídica. La informática aplicada a la documentación jurídica, a los servicios públicos, procesos legislativos y judiciales, así como a la actividad cotidiana profesional –asesoría, docencia e investigación- constituye la Informática Jurídica, es decir, la que se aplica en el campo del Derecho.

Ni la informática en general, ni la informática jurídica en particular están totalmente elaboradas. Los cambios tecnológicos y la curiosidad e inventiva del ser humano suponen nuevos aspectos a considerar. Retos, apenas ayer inexistentes que requieren de una consideración jurídica, puesto que ya son una realidad y tienen consecuencias, es decir, una trascendencia individual y social que no puede pasarse por alto.

A estos y a otros planteamientos sobre el Derecho Informático y la Informática jurídica, están dedicados tanto el texto del doctor Gaudencio Delgado Flores, como la obra coordinada por el doctor Julio Téllez Valdés, ambos investigadores especialistas en estas materias, y de reconocido prestigio académico y profesional, material que nos permite asegurar que este volumen es una importante aportación editorial de la Secretaría de Gobernación a la difusión de esta disciplina, con fundamento en el artículo 22, fracción VII del Reglamento Interior de la propia Secretaría.

Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos
Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional



Introducción a la Informática Jurídica en México

:: Introducción a la Informática Jurídica en México

Gaudencio Delgado Flores

El presente trabajo es una introducción general a la informática jurídica, por ello no se mencionan estrictamente los temas típicos del reconocido derecho informático, como por ejemplo: la informática metadocumentaria, la telemática, la ergonomía informática, así como algunos de sus contratos tipos, como el hosting, el habeas data, el outsorcing, etc., debido a que se trata de una introducción general a la informática jurídica, por ello no se sigue un texto o algunos textos en especial y no se realizan citas formales. Ya que las referencias que se mencionan como antecedentes, son del dominio público. En ese sentido es importante precisar que el presente es un abordaje panorámico de la informática jurídica formal en México, en donde por cierto, no tenemos el equivalente a las instituciones jurídicas antes mencionadas, por ello no se habla de las mismas, en este bosquejo, sino que únicamente se da una noticia de la legislación correspondiente a la que hemos llegado, por las reformas legales correspondiente en la legislación sustantiva y adjetiva nacional, noticia consistente en los contenidos principales en la diversa legislación nacional, abordando brevemente los tópicos penal, de derechos de autor, del comercio electrónico, del derecho fiscal electrónico y agregando una descripción de contenidos acerca de cómo funciona en general el tema del derecho en lo que llamamos informática jurídica mexicana formal, en una especie de apunte introductorio.

Capítulo 1- Informática jurídica

Antecedentes remotos

Las necesidades del ser humano se han presentado con diversas manifes taciones, condiciones, escenarios y otras características peculiares comprensibles, en un sentido práctico en principio, podemos decir que han sido las mismas, en efecto, nacer, crecer, desarrollarse y morir, representan genéricamente las necesidades básicas en esta descripción; empero, el hombre posee también otros tipos de requerimientos, como por ejemplo las correspondientes necesidades para conocer, dominar, comunicarse, negociar, persuadir, etc. Estas segundas actividades pueden considerarse secundarias en algún sentido, pero desde otras perspectivas, tales como: las sociales, económicas, históricas, psicológicas, jurídicas, de gobierno, como de administración, etc. etc., pueden ser prioritarias, o bien ocupar un lugar principal para muchos individuos o grupos, así como para las entidades que se han presentado históricamente e institucionalizado y de las que sobreviven en la actualidad.

De allí la importancia de conocer brevemente o tener alguna noticia acerca de la historia humana acerca de algunos antecedentes como el del ábaco tan importante para la milenaria cultura, instrumento que servía para contar grandes cantidades en una época muy antigua, de la que se desconoce el inicio de tales prácticas, pero que presuponen una antigüedad mayor a los 4000 años antes de nuestra era y evidencian una gran organización en todos los órdenes, de administración, de control de los impuestos, del control económico, del control político, etc. En el mismo sentido podemos hablar de del sistema de numeración y del uso del cero por el gran imperio maya en México, cuya práctica de conteo en general, fue utilizada para los usos civiles y militares de la época: y que decir acerca de los utensilios o similares de otras culturas, así como los instrumentos o máquinas para contar por ejemplo de blaise pascal, que realizan diversas operaciones matemáticas.

Entre otros antecedentes de los instrumentos usados en diferentes épocas para contar, por cuyas características fueron considerados elementos clave, para rutinizar los datos y en ese sentido sirvieron para que charles bab-

bage instrumentara la primera máquina propiamente, como antecedente de la computadora moderna. Es pertinente advertir que estos brevísimos precedentes son los generalmente más aceptados para explicar el origen de las computadoras. Aunque hay que añadir con toda justeza que no son los únicos elementos previos.

Antecedentes recientes

En cuanto hace a los antecedentes próximos, podemos establecer que después de la crisis provocada por la primera guerra mundial, paradójicamente a raíz de los avances provocados por la conflagración, se inició una reconstrucción geopolítica, geoeconómica, social, cultural, etc. Es decir, en diversos órdenes humanos, con ello, se continuaron buscando los elementos para llevar a cabo el proyecto de una computadora, pero no fue sino hasta después de la segunda gran crisis mundial consistente en la segunda guerra, en que se generaron las respuestas correspondientes producto de la aplicación de las ciencias básicas, esto es la: física, química, biología, ecología, sociología, etc., al construirse la primera computadora, semejante a un edificio, por el tamaño, esa máquina comenzó a dar respuestas en los cálculos realizados para su época a una velocidad nunca antes vista. Posteriormente diversos grupos iniciaron la fabricación de diversas plataformas de computadoras, entre ellas la famosa apple, que después de su gran éxito pareció no repetirlo, lugar que fue ocupado por la plataforma de IBM, que aprovechó mejor las posibilidades de desarrollo, irrumpiendo en los mercados mundiales con gran fuerza e impacto hasta el presente al estandarizar una plataforma tipo para los años ochentas y noventas.

Posteriormente se presentaron las plataformas populares conocidas como: 286, continuaba con la 386, después la sucedería la 486 y a partir de esta, muchas otras; pero también es importante señalar que simultáneamente se iniciaron otras plataformas de servidores, así como de grandes computadoras y supercomputadoras, situación que continúa hasta el presente, destacando que se inició la producción concomitante de computadoras portátiles y de escritorio, desde el inicio de la estandarización hasta la consecuente aceptación de la plataforma de IBM, así como una serie de accesorios y muchos otros aparatos importantes para multiplicar la función de las computadoras.

Problemática social

Como muchas de las actividades del ser humano, la aparición de las computadoras en la vida diaria, produjeron efectos de diversos tipos, entre ellos, aplicaciones nuevas y una especie de aceleradores de las rutinas cotidianas posibles, pero como sabemos toda mejora parece insuficiente y se intenta seguir incorporando las rutinas humanas e imitar a la naturaleza, dentro de lo posible, para que sean desarrolladas por las máquinas computadoras, auxiliados por brazos mecánicos de todo tipo, así como también se producen muchos y complicados programas de computación no sólo indispensable, sino además, el más avanzado para cada una de las necesidades que como sabemos son hoy día completamente especializadas. Así tenemos que los principales efectos de la incursión de las máquinas son positivamente alentadores al elevar la producción personal y del sistema productivo tanto doméstico como el industrial, tecnológico, con extensiones en todas las disciplinas humanas, culturales, educativas, contemporáneas.

Estas actividades prometen sin duda cambios importantes en todos los órdenes locales e internacionales; es menester también señalar que provocan diversos efectos en el producto neto, dado que al acelerar los procesos, generan consecuentes ahorros en el proceso productivo y ello obliga a tomar decisiones en todos los órdenes, pero específicamente en los aspectos de la ocupación laboral en general lo cual por otra parte, provoca preocupaciones en los trabajadores para conservar sus empleos, así como los procedimientos de producción utilizados en todo el sistema fabril en general lo que puede significar desempleo, angustia laboral, cesantía, paros laborales, cierres de empresas, en una palabra: inestabilidad laboral y los consecuentes problemas sociales, económicos, políticos, jurídicos, etc.

Simultáneamente confluyen los problemas de inseguridad informática, el espionaje y contraespionaje informático, de los operadores a través de la red mundial conocida como internet, y también se desencadenan muchos otros problemas propios de esta época que desde luego no siempre se encuentran regulados legalmente ni tampoco la gente se encuentra siempre informada sobre cómo protegerse adecuadamente y realizar las denuncias correspondientes, para salvaguardar sus derechos constitucionales vulnera-

bles a esta actividad agravada en la red, así como en la red interna, conocida como intranet además por grandes intereses que trafican con programas de computo, fuera de toda regulación, de tal suerte que, datos secretos industriales, etc, y muchos otros contenidos de información se manipulan sin regla alguna.

Por otra parte la presente época en que vivimos, es una época de grandes cambios, cambios que se producen periódicamente y que modifican, lo enfatizamos, regularmente todos y cada uno de los procesos productivos, así como las costumbres sociales, produciendo cambios importantes en cada una de las sociedades, en el nacionalismo local, en las costumbres, usos, prácticas, tradiciones, de cada una de las sociedades, generando diversos fenómenos en la cultura en general y en la sociedad en la que se vive.

En esta sociedad de la información, en que nos encontramos, en donde el nuevo conocimiento basado en la ciencia y tecnología aplicadas, el apogeo del neoliberalismo seguido de un capitalismo, una globalización económica, con polos de desarrollo altamente tecnificados y presentes en los bloques económicos mundiales, por ejemplo, la cuenca del pacífico representada por Japón, Nueva Zelanda, China, Taiwán, Corea del Sur, por citar sólo algunos países. asimismo tenemos los casos de la Comunidad Europea liderada por Inglaterra, Alemania, Francia, Italia, Rusia, etc., entre otros y en el caso del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos, Canadá y México, que representan otro bloque económico, sin perjuicio de que cada país celebre por su cuenta otros tratados de libre comercio con algunas limitaciones, así también tenemos otros bloques económicos como el centroamericano y el sudamericano, así como también otros probables tratados por constituirse en otras regiones económicas.

Aceptación

En cuanto se refiere a la aceptación de las personas respecto de la informática y en general de la informática jurídica es conveniente señalar que en general podemos apreciar una especie de rechazo inicial en cuánto concierne al fenómeno de la informática en general en el mundo, seguramente es comprensivo dicho fenómeno, por tratarse de cambios sustanciales, esto es de trascendencia inmediata y efectos en el corto plazo, e incluso inmediatos. Las

personas en general tendemos a examinar los fenómenos de una manera ordinaria o normal y nos adaptamos prácticamente de inmediato a los cambios, siempre y cuando éstos no nos afecten de manera directa; pero en el caso de que sea de esta manera, es decir contrario a los intereses, normalmente tendemos a resistirnos y en su momento a rechazar abiertamente o de algunas otras maneras, la adopción de las nuevas tecnologías. Lo cual implica desde luego que tenemos que realizar cambios importantes en las actividades con el objeto de lograr beneficios, mejoría y otras ventajas para nuestras vidas y las de nuestros congéneres. como quiera que se dé este proceso psicológicamente por lo menos, en principio, las máquinas computadoras nos colocan en cierta desventaja, por muchas razones, ya que no se cansan, no se distraen, no piden vacaciones, trabajan ininterrumpidamente, etc., todo ello, explica la resistencia inicial a las mismas, si bien actualmente se ha matizado completamente.

Rechazo

Después de una primera etapa de rechazo abierto hacia las computadoras por la sociedad en general, en diferentes partes del mundo, que hasta ahora no ha llegado a los extremos de destrucción, como durante la revolución industrial en Inglaterra, en que el movimiento obrero de Ned Lud provocó la destrucción de las máquinas tejedoras denominadas Jenny, en honor del inventor, situación a la que no se ha llegado afortunadamente, en la época presente por lo que, es obvio que la situación presente aunque no es tan clara por los diversos fenómenos que pueden eventualmente amenazarnos, reconocemos que estas posibilidades están potencialmente presentes, es claro, que no implican un riesgo inminente, sino solamente una circunstancia o diversas circunstancias a considerar racionalmente, mismas que por supuesto reciben un tratamiento de solución de problemas por parte del nuevo conocimiento en la sociedad del conocimiento en la que nos encontramos, de acuerdo con la caracterización contemporánea sobre nuestra sociedad. En este sentido es muy importante reconocer que nuestra sociedad presentó en el pasado un rechazo matizado sobre la utilización de las máquinas y en la actualidad, aun entre los jóvenes que son quienes mayor resistencia oponen en términos generales, no se contempla un fenómeno de esta naturaleza, si no una espe-

cie de aceptación tácita probablemente por los cambios en todos los órdenes. asistimos pues a un rechazo probablemente en otro sentido, es decir a un fenómeno constante pero que podemos caracterizar de cambios en todos los órdenes, lo cual nos lleva a establecer que esta época además de las peculiaridades señaladas, presenta sus propias características de problemas, en los que acaso lo genérico puede ser comprendido como una época de crisis generalizada, en donde los cambios o la posibilidad de ellos, generen a su vez otras modificaciones en nuestra sociedad contemporánea, lo cual no sabemos a ciencia cierta, si los mismos puedan tener lugar en el corto o mediano plazo, ya que el futuro en sí mismo es generalmente imprevisible.

Indiferencia, otros

Como se ha mencionado anteriormente, uno de los efectos más denotados acerca de la situación que guarda la informática como fenómeno social reside en que se encuentra en una etapa que podemos caracterizar de indiferencia social hasta cierto punto. en efecto, al no producirse hasta la fecha, un rechazo social abierto, sino en todo caso encubierto y matizado de alguna manera; con estos elementos podemos caracterizar a la época presente, como una etapa en la que por decirlo de alguna manera, los ciudadanos ven el fenómeno de la informática general y de las consecuentes aplicaciones de esta disciplina, entre otras la informática jurídica, la ven, pero no la observan suficientemente, lo que quiere decir que no la reprueban totalmente, siendo más directo el fenómeno de observación hacia la informática, más que nada, pero no solamente por ellos sino, que es examinada preferentemente pero no únicamente, por los jóvenes lo cual, desde luego, representan el fenómeno normal de atención primordial por parte de este sector, que entre otras características aparentemente duda en repetir las experiencias de la gente adulta, como imitación extralógica, seguramente por las grandes posibilidades presentes que ofrecen las aplicaciones de la informática, en todos los órdenes humanos contemporáneos, lo cual refleja intereses característicos de una generación que de alguna manera prefiere seguir modelos diferentes a los que conoce para establecer su propia personalidad e identidad diferentes por lo menos durante esta etapa formativa juvenil.

Con todo la indiferencia parece ser una característica ensayada y practicada por el 67% (INEGI, último censo nacional) de la población juvenil en México, ya que por una parte adopta la informática como una herramienta necesaria para cualquier actividad y por la otra la rechaza en cuánto se refiere a la práctica de sus costumbres tradicionales, pero por otra parte también paradójica, procuran irse adaptando a sus nuevas rutinas.

Principales beneficios

Los beneficios más importantes de la informática se encuentran presentes en todos los órdenes y han dado lugar a crear basada en el comercio electrónico que tiende a consolidarse de un primer periodo crítico, pero que actualmente se ha estabilizado y posicionado estratégicamente. El impacto de las nuevas herramientas informáticas se ha hecho evidente con gran éxito al abatir los costos de producción, generando ahorros al rutinizar los procedimientos industriales y tecnológicos en todos los órdenes; quizá uno de los puntos más relevantes lo represente el sector de los instrumentos de precisión susceptibles de múltiples y complejas tareas, además de las aplicaciones de las nano tecnologías, biotecnologías, el genoma humano y tantas otras. por otra parte es importante mencionar que muchos de las máquinas, computadoras, y demás instrumentos, a través de sus diversas plataformas comerciales y libres, que irrumpieron a partir de los años 60 y que se incrementaron en los años 90 propiamente, para irse perfeccionando periódicamente ya que se van sustituyendo por la competencia comercial y que ahora todos conocemos en el sentido de que podemos rutinizar muchas de las actividades que antes llevamos a cabo manualmente, aspecto este que fue realizado en otras etapas, como la mecanización, la automatización y la digitalización e igualmente representan por ahora lo más avanzado de estas tecnologías de la información (ti). los principales beneficios podemos ubicarlos en los ahorros que permite tener al sector productivo, en los procedimientos correspondientes de producción, en la salud, en la investigación básica, recordemos que hablamos de las disciplinas fundamentales, tales como la física, la química, la biología, la ecología, la sociología, etc., disciplinas todas estas que se encuentran como punto de partida de cualquier investigación teórica y empírica,

investigaciones en las que están presentes las ciencia, la tecnología, como además otras disciplinas como las matemáticas que por supuesto todas las líneas sociales y humanas, incluyendo la política, la economía, el derecho, de tal suerte que los beneficios producidos por las herramientas informáticas, a las que muchas personas suelen llamar únicamente de esta manera "herramientas", sin más, olvidando, que el aprovechamiento de sus elementos puede ser mejorado constantemente, conforme a los avances de la inteligencia artificial de las máquinas, a través de otros sistemas más complejos como, por ejemplo los sistemas expertos, que permiten resolver muchas problemáticas hasta ahora no abordadas, para de esta manera continuar la implementación de nuevas formas de control virtual por parte de la programación y combinación de diverso tipo, con otros elementos como la robótica y otras disciplinas relacionadas directamente con la informática.

Podemos establecer que en esencia, los avances producidos por la informática, se centran en una aceleración cada vez mayor en los procedimientos destinados para la producción y en general para cualquier actividad humana o incluso que imite a la naturaleza, de una manera constante, planeada, periódica, controlada, para el beneficio de la humanidad, entre otras aplicaciones.

Mecanización

Por lo que hace a la mecanización como su nombre lo indica, constituyó en su momento una verdadera revolución, ya que lograron removerse volúmenes impresionantes en peso y tamaño a diferentes puntos de la tierra, para satisfacer necesidades o problemas diversos, el caso de las pirámides de Egipto, las grandes construcciones en la India, los observatorios de las zonas mayas en México, sin olvidar otros monumentos, como las pirámides mexicanas así como los correspondientes a Sudamérica y otras regiones del mundo. Después de muchos siglos transcurridos una vez que la mecanización repotenció la actividad importante del acero y la siderurgia, ello permitió ampliar y masificar el uso de los metales, fierro acero, etc., además de las herramientas simples, como la lanzadera, la palanca, el martillo, etc., ya que estas mismas se transformaron en grandes herramientas y comenzó una época de precisión, que permitió superar ésta misma etapa, especialmente

para el caso de la informática, en el ejemplo de la máquina tejedora llamada " Jenny " por su creador inglés Cartwright, durante la revolución industrial, máquina ésta, junto con otras más qué es considerada como el modelo a partir del cual, el uso de las tarjetas perforadas permitió más adelante producir modelos para construir las computadoras que conocemos actualmente. La mecanización en sí fue un modelo para su momento y su utilización en el presente continúa manifestándose en diversas actividades exitosamente. Por lo tanto, este procedimiento fue incorporado como prototipo para el uso de las computadoras modernas en general.

Automatización

A la automatización corresponde un éxito mayor de la mecanización, ya que utilizando la técnica de la mecanización o la técnica mecánica general, pudieron llevarse a efecto extensivamente otras aplicaciones que permitieron un mayor control de servo mecanismos, los cuales en principio fueron los primeros instrumentos automáticos utilizados, pero que actualmente se han ampliado en diversas actividades del campo, como por ejemplo en la técnica del riego en general, incluido el riego por goteo, en la captación de agua producida por la lluvia, asimismo para la utilización de otras actividades de producción en general que además de abatir costos, permiten modificar el producto y los procesos productivos, ahorrando tiempos y movimientos al automatizar las aplicaciones industriales conocidas e iniciar la adopción de nuevas tareas con base en este segmento, sin duda, la automatización representa hoy día el avance más importante de multiplicaciones en todas las tareas humanas y que imitan la naturaleza. En ese sentido la automatización se ha extendido prácticamente a todos los campos de las ciencias y de la tecnología aplicadas.

Digitalización

El fenómeno de la digitalización representa hoy día sin duda el paso más adelantado en lo que se refiere a las presentaciones en tercera dimensión, las cuales pueden ser objeto de utilización en muchísimos menesteres o para decir-

lo con mayor precisión, sus utilidades pueden ser editadas, manipuladas, modificadas total o parcialmente, con el objeto de lograr los objetos virtuales más complicados y que sólo la imaginación puede concretarlas en figuras previamente determinadas. Los avances de este elemento ofrecen todo tipo de imágenes combinadas con mensajes, representaciones, pausas, y movimientos, sin límite, excepto los que moderen el buen uso y las costumbres en general.

La digitalización no es únicamente un proceso sino más bien se refieren a varios sistemas de digitalización que como se ha establecido previamente y en forma general operan en distintas plataformas si bien hay que decir que las más conocidas actualmente son las de: Windows, linux, s2, unix, etc., tanto para computadoras personales como para medianas y grandes computadoras. Desde luego es de entenderse que debido a la mayor complejidad de las tareas encargadas a un ordenador, requieren, programas de computación más sofisticados y altamente especializados, sobre todo en el caso de necesidades específicas, particulares de cada actividad humana y ya no se diga de los casos aparte que representan las medianas, grandes y supercomputadoras.

Aspectos multidisciplinarios

Las aplicaciones que pueden realizarse con base en la informática, por principio son prácticamente todas las que realiza la actividad humana, es decir las máquinas pueden sustituir completamente las actividades actuales; por lo tanto, en teoría nada puede descartarse, pero en la práctica parece muy lejano el día en que las actividades humanas sean verdaderamente reemplazadas por máquinas computadoras; siendo sin embargo, muy importante vislumbrar el probable futuro que tienen las máquinas en las diversas aplicaciones de las disciplinas humanas, esto es, la física, la química, la biología, la ecología, entre otras disciplinas, que son precisamente los campos en que más se ha incursionado hasta ahora por los científicos y tecnólogos. Otras aplicaciones nuevas como la del genoma humano, están emergiendo con luz propia, como proyecciones necesarias por la yuxtaposición de estas disciplinas, además de las nano tecnologías; de ahí que las probables combinaciones que puedan irse realizando multidisciplinariamente, además de las descritas,

prometen cambios impresionantes en la ciencia y la tecnología, que sin duda repercutirán de manera simultánea en las disciplinas sociales, debido a lo cual se recomienda que todos los actores sociales en especial, deberán estar muy atentos a dichos cambios o transformaciones que la sociedad continuará desarrollando independientemente de los órdenes sociales del norte y sur.

Los cambios que hasta ahora hemos atestiguado, producto de la ciencia y la tecnología, han modificado sustancialmente el sistema productivo, si bien es cierto que esto solamente en los países desarrollados, pero también es obvio que los países en vías desarrollo, debido a la globalización económica social y en general en todos los órdenes, están obligándose a tomar caminos que faciliten la modernización científica y tecnológica necesaria de los países en vías desarrollo, no sin grandes sacrificios por la liberalización económica, que mercantiliza cualquier actividad que interese al comercio, por motivo de mercado, donde la ley de la oferta y la demanda determinan su importancia. Por todo ello no debe sorprendernos que muchos de los actores de hoy, no puedan estar presentes siempre en el mediano plazo, debido a que las aplicaciones científicas y tecnológicas contemporáneas, los rebasen por no sincronizarse adecuadamente con la sociedad del conocimiento presente, siendo pertinente estimular a los caminos de la interdisciplinariedad y sus probables combinaciones, para facilitar y preparar esta época de transición.

En efecto, la multidisciplinariedad es el punto de partida para muchas de las transformaciones presentes y futuras humanas, pero para lograrlo habrá que estimular al mercado con nuevos paradigmas científicos y tecnológicos.

De la totalidad a la particularidad y de ésta nuevamente a aquélla

De acuerdo con lo que hemos reseñado previamente en forma breve, de todo ello podemos suponer que estamos partiendo de la nada o de lo general a lo particular y en sentido opuesto de lo particular a lo general. En ese sentido es pertinente establecer que cada invento o revolución técnica involucra un progreso material, que eventualmente obliga a los humanos a replantear cada vez que esto ocurre la vida misma. Con esto se sigue a la propia ciencia, que cada vez que posiciona una aproximación a la verdad, obliga a replantear toda la serie de conocimientos basados en esa verdad temporal,

lo cual en sí es altamente encomiable, pero tiene sentido práctico para diversos efectos, algunos de los cuales pueden ser dañinos para la economía, por ejemplo cuando se invierte en un procedimiento para obtener determinado producto y aparece algún otro novedoso que lo desecha, pero que no puede ser sustituido de inmediato, por razones de compromisos de diverso tipo ello obliga a poner en espera para nuevas condiciones, no solamente a un diverso procedimiento, sino a muchos otros nuevos.

Esta temática se caracteriza por resolverse en una zona de reserva, con el objeto de no alterar los procedimientos que se encuentran en desarrollo y que no pueden ser sustituidos de inmediato, tomando en cuenta condiciones de carácter social, cultural, educativo, económico, político, etc., de cualquier manera la especialización de la informática, nos devuelve por su funcionamiento complejo a la generalidad del conocimiento, aunque por sí mismo sólo produce el llamado silencio informático.

Finalmente podemos establecer que las computadoras no plantean problemas humanos propiamente; no obstante eso, la inteligencia artificial de las máquinas, permite introducirnos al mundo de lo general por la vía particular y especializada del conocimiento, lo cual, facilita los procedimientos o procesos en general, que en cualquiera de los casos nos permiten generar ahorros sustanciales para llegar resultados más rápidamente.

Algunos aspectos del hardware y software

Acerca del hardware podemos decir sencillamente que se trata de las máquinas planeadas, diseñadas y construidas por el hombre para ser utilizadas como dispositivos ordenadores para realizar diversas aplicaciones, por un lado tenemos que explicar que los componentes típicos de una computadora son los siguientes: el cerebro de la computadora u ordenador, el teclado, el ratón y el monitor. Desde luego estos elementos constituyen los básicos de las computadoras personales, ampliándose en razón de la complejidad o necesidades de los procesadores como actualmente que son: de 64 bits, que apenas comienzan a hacerse populares en general, en sus versiones económicas, ya que por sus características y avances representan un cambio de plataforma a las imperantes de 32 bits todavía en nuestro medio. En México

podemos establecer que la mayoría de las computadoras o hardware que domina en el mercado nacional, están sustentados en la plataforma de 32 bits o incluso menos y por lo tanto pasará algún tiempo para que las plataformas de 64 bits predominen en el ámbito nacional.

En cuanto se refiere al software tenemos que adoptar por lo menos tres nociones elementales, consistentes en el: llamado software libre en el que se encuentran plataformas importantes como la de linux utilizable para cualquier plataforma esto es, inclusive para servidores o redes, lo cual significa en la práctica grandes ahorros para todas las personas que deseen trabajar con estos sistemas gratuitos; también existen un software shareware, mismo al que puede accederse precisamente a prueba, para posteriormente sí funciona en la forma que satisfaga al comprador, se pague por el una cantidad convenida entre el adquirente y el posible cliente, trato que puede hacerse de acuerdo con los términos propuestos por el ofertante que generalmente puede ser de un mes o mayor tiempo naturales y por otra parte se encuentra el software comercial propiamente que puede adquirirse directamente por los interesados ante los vendedores autorizados para tales efectos.

Problemática técnica

La problemática técnica que presenta el tema de la informática jurídica es probablemente en cierto sentido semejante a los efectos que producen las computadoras en el público en general, en su inicio, cuando provocan reacciones acerca de su aceptación o no por los usuarios en ese sentido, es evidente que ubiquemos algunas resistencias, desacuerdos y general conformidad acerca de aceptar las opiniones de expertos en computadoras, sobre todo para legislar en temas de reformas legales por ello, es importante reconocer que en principio tenemos que guiarnos por el sentido común. En efecto siguiendo esta práctica llave maestra de las relaciones cotidianas, podemos empezar la identificación de las tareas más importantes para lograr que la informática y los informáticos, sean en principio las personas indicadas para iniciar la solución y resolución de los temas informáticos efectivamente, no podía ser de otro modo ya que de otra manera no podríamos iniciar el tratamiento de este tema, que como hemos precisado reúne diversas caracterísi-

cas de índole estrictamente técnico, pero que en sus comienzos fue un tanto incomprendido y postergó su discusión jurídica por diversas situaciones.

Resuelta ya esta dificultad inicial y no generalizada en todos los juristas, es claro que se sentaron las bases para una discusión y análisis más adecuados, sin embargo, la irrupción de las máquinas arrancó de manera un tanto característica, ya que prácticamente no se registró, sino que como se estableció, se irrumpió en el mundo social sin más con el incursionamiento de las computadoras y especialmente con la aparición de la red mundial mejor reconocida como internet, en la que inicialmente se propuso que la misma fuera gratuita para todas las personas, pero que a la fecha debido a múltiples problemas, como el problema de los piratas informáticos, intrusos, hackers, crackers y muchísimos otros actores dentro de la red mundial, produjeron las primeras protestas para que se piense actualmente en reglamentarla y que su incursión tendrá un costo, iniciado ya por los dominios y sitios en la red, así como por algunas legislaciones.

Debido a que la internet es una red mundial de redes, ubicadas en diferentes partes del mundo, la posibilidad de poder regularla parece por ahora difícil y compleja, pero actualmente se han iniciado ya algunos pasos siguiendo los modelos y las recomendaciones de la organización de las naciones unidas, a través de sus diversos organismos para lograr algunos resultados muy concretos, en efecto hemos podido constatar como en diversos países del mundo, se ha iniciado ya un movimiento liderado por los países más avanzados y tendientes a lograr establecer las bases para iniciar una legislación modelo para todos los problemas de la informática, lo cual constituye otro fenómeno, también muy complejo en el mundo jurídico donde efectivamente se ha iniciado una especie de revolución informática entre los juristas tanto tradicionales como modernos.

El punto de partida consistió principalmente en que algunos juristas querían elaborar la legislación correspondiente, sin conocer suficientemente las características de la informática o más bien desconociendo el comportamiento característico de las máquinas computadoras. Afortunadamente esta temática fue atomizada y se logró superarla para dar paso a un desarrollo más complejo del derecho contemporáneo y convertirlo en el nuevo derecho. De esta manera se reagrupó este nuevo conjunto jurídico llamado derecho informático, ius cibernética, informática jurídica, jurimetría, etc.

Problemática social y otras particularidades

Además de la problemática social a la que en forma general nos hemos referido en el apartado 1. 2 previo la problemática de las máquinas computadoras en su operatividad en general contemplada de manera integral, presenta características particulares negativas consistentes en los cambios de hábitos, cambios de rutinas, cambios de actividades en general, nuevos aprendizajes, concentración completa para manejar diversos programas, y muchos otros aspectos relevantes basados en el entrenamiento con alta concentración en periodos cortos de dos o tres horas.

Entre otros elementos que afectan invariablemente la planta laboral, se encuentran precisamente por un lado los grandes beneficios de las computadoras, pero por el otro, también se encuentran presentes los problemas de inseguridad laboral, con todas sus manifestaciones, despidos, cierre de las fuentes de trabajo, carencia de oportunidades laborales, además de muchas otras repercusiones macrosociales, personales y de otras características. Consecuentemente la problemática social es complicada por todos los efectos que pueden vincularse, los cuales en principio tienen diversas soluciones como son el entrenamiento por parte de los patrones laborales, empresas y demás entidades que intervienen, sean estas públicas o privadas.

Entre otras características no todo es en sentido negativo ya que muchas de las aparentes desventajas pueden revertirse, al reinsertar a los trabajadores ya entrenados y con ello potenciar la entidad o empresas con alta tecnología. Desde luego todo ello requiere una planificación previa con el objeto de permanecer en el mercado para aprovechar las oportunidades sustentadas en la oferta y la demanda.

1. 17 La transculturación

La llamada transculturación presenta una problemática particular especialmente con aquellos países que pueden considerarse muy nacionalistas o bien con usos y costumbres prácticas y tradiciones muy arraigadas, en este sentido no se trata de poner etiquetas acerca de si esta haciéndolo bien. Lo

realmente importante consiste precisamente en comprender integralmente la problemática de este fenómeno, sus principales elementos sus diferencias en los sentidos histórico, social, político, e ideológico, entre otras aproximaciones, para aprender de este fenómeno agudizado en esta época por la liberalización comercial, la globalización en todos los órdenes, como la inmigración, los medios de comunicación. De manera general podemos entender que la transculturación tiende a postergar y más adelante a olvidar las costumbres nacionales y locales, sustituyéndolas paulatinamente por otras, que pueden ser peores o mejores incluso y que son precisamente las que producen y reproducen los medios diversos, mediante la publicidad general sustentada en la ideología dominante.

Cultura informática

Con el objeto de contribuir a resolver integralmente el fenómeno de la aparición de la informática, podemos indicar que la misma tiene dos posibles aplicaciones, se requiere que tanto el estado como la planta laboral pública y privada emprendan un programa de largo alcance pero realizado en el mediano plazo, que les permita planear, atender y resolver paulatinamente, como integrar a los trabajadores prestando especialmente atención a los trabajadores nuevos, con el propósito de establecer e influir en ellos una cultura informática basada en la racionalidad, la planeación científica, el desarrollo sustentable y otras características de progreso acordes con las herramientas producidas por la informática en general y por las disciplinas especializadas de éste tema, dentro las cuales, se encuentra la informática jurídica, al igual que muchas otras no menos importantes.

Independientemente del efecto inmediato con el que sea considerada la informática en general y en especial la informática jurídica, es importante que desde un principio se sientan las bases integralmente para lograr que la ciudadanía, los niños especialmente y los jóvenes, reciban un mensaje sustentado en el conocimiento nuevo que corresponde a esta sociedad del conocimiento, de esa manera desarrollarán e implementarán una pre cultura informática que les permita ir resolviendo desde ahora en su mente los problemas a los cuales habrán de enfrentarse más adelante. Sólo de esta manera

podrán prepararse los ciudadanos con una mentalidad de planeación, control, coordinación, supervisión y corrección sobre todas las actividades humanas.

La cultura informática representa todo un reto para el Estado y para la sociedad en general, una serie de datos nos permitirán establecer que en el presente siglo se ha creado más riqueza que cualquiera otra época anterior de la que se tenga noticia, con base en la informática y sus aplicaciones en la ciencia y en la tecnología. La sociedad del conocimiento por sí misma nos enseña que en esta época lo más valioso es precisamente el conocimiento mismo, conocimiento que es creciente, temporal, que se va perfeccionando y sustituyendo, de tal manera que la actualización constante es una de las características de esta sociedad. Por ello las administraciones deberán procurarse grandes criterios de racionalidad para sustentar las bases de una cultura informática y jurídica sustentable, escuchando a la sociedad civil, a través de los diversos grupos sociales y facilitando una competencia igualitaria en el mercado.

Capítulo 2. Informática Jurídica Contemporánea

Telecomunicaciones

Como hemos señalado anteriormente, el sector de telecomunicaciones es el punto de partida en las actividades de la información, de la informática esos diversos aplicaciones, en ese sentido es conveniente establecer que la organización de las naciones unidas comprende un organismo dedicado a este sector, cuyas sugerencias representan por su avance un verdadero modelo al que procuran señales de los sectores correspondientes de los países agrupados bajo esta organización, con el objeto de estandarizar todos los procedimientos relativos a nivel mundial. En ese sentido es claro que tanto la solución de problemas, reglamentación y demás menesteres que no se encuentran dentro las recomendaciones, son objeto de complementación y discusión por parte del organismo internacional, de tal manera que a través de paneles, conferencias, y muchas otras acciones, se sigue discutiendo la necesidad de llegar a estándares generales con el propósito de obtener soluciones para los propósitos correspondientes.

La emisión de datos internos y externos

Un problema capital no representa el llamado flujo de datos transfronterizos, mismo que podemos entender como el movimiento de transmisión de información legal o ilegal de un país a otro o a otros, lo que produce entre otros efectos problemas de inseguridad informática, en general, con los consecuentes problemas de vulneración de los programas de software, afectando invariablemente diversas figuras jurídicas protegidas internacionalmente bajo las asignaturas de propiedad industrial, derechos de autor y en general contratos de todo tipo.

Protección del consumidor en México

El capítulo VIII bis de los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, establece en los artículos 76 bis, las reglas básicas que el proveedor deberá guardar en la celebración de las transacciones, como la confidencialidad e informará previamente de las características generales de los elementos técnicos disponibles, proporcionando su domicilio físico, números telefónicos y demás medios, evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de los productos; el consumidor tendrá derecho a conocer toda la información, términos y condiciones, costos, gastos adicionales por, formas de pago, respetando el proveedor el que el consumidor no reciba avisos comerciales; el proveedor se abstendrá de proporcionar información insuficiente sobre los servicios ofrecidos y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños ancianos y enfermos, especificando esos puntos. No podrá difundir la información a otros proveedores ajenos.

Las infracciones a lo dispuesto por el artículo que se comenta, serán sancionadas con multa de 450 pesos a 1, 760,000 pesos moneda nacional, conforme al artículo 128 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Las disposiciones antes mencionadas establecen las bases generales para eventuales contrataciones entre el proveedor y el consumidor y aunque no son del todo suficientes para celebrar los contratos informáticos, como por

ejemplo los de elaboración de software, en el que confluyen diversas formas de contratación, desde los capturistas, los programadores, los de diseño, los líderes del proyecto, los usuarios, las relaciones previas al proceso, durante y posterior al mismo, los temas de seguridad, los riesgos de trabajo, los procedimientos para prevenirlos, los seguros correspondientes, tales temas escapan para un tratamiento somero en esta parte siendo necesario referimos en particular a este tópico en otro documento; pero como se ha establecido las bases generales para la contratación y el uso del comercio electrónico se han extendido mediante reformas correspondientes a prácticamente todos los dispositivos legales, tales como códigos sustantivos y códigos procesales, por lo tanto y general la informática jurídica en favor los temas de informática jurídica mundial, aunque en forma incompleta pero en forma básica se encuentran presentes en la legislación mexicana actual y son el punto de partida para qué los legisladores, las administraciones presentes y futuras, los empresarios, los grupos de interés y las asociaciones correspondientes continúen proponiendo cómo legislar siguiendo los modelos tipo de las naciones unidas, de la Organización Mundial de Comercio, y de otros organismos internacionales y locales interesados especialmente en estos temas de la informática aplicada al derecho.

Los contratos informáticos en principio tomaron la forma de contratos de adhesión, tomando en cuenta que poco podía discutirse con el informático o técnico, después de eso se dieron cuenta de que dicho contrato no satisfacía los requerimientos informáticos, toda vez que intervienen otras formas de contratación, como el hospedaje en el sitio de la red o internet, donde se tiene que pagar para estar a salvo de los hackers o intrusos informáticos. Pero además la contratación informática rebasa las formas jurídicas de la legislación civil, mercantil de los sistemas jurídicos más avanzados, de allí que por necesidades técnicas, tuvieron que crearse y seguramente continuarán acuñándose otras formas de contratación, a la que el derecho tradicional, esto es, el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho comercial, etc., tendrán que ir añadiendo nuevas formas para resolver problemas nuevos, con soluciones nuevas. Sin que esto quiera decir que en general el derecho mexicano actual, no se encuentre con los basamentos para trasuntar cualquier contrato informático que se planee, en cualquier lugar del mundo y que tenga efectos en territorio nacional o al contrario, o incluso que partes de

los procesos de desarrollo de algún contrato ocurran en territorios o países distintos, o bien que los procesos tengan lugar en países diversos y que luego regresen a algunos de ellos y luego se envíen al destino final. En cualquier circunstancia, la legislación mexicana está en posibilidades de resolver cualquier controversia, pero además con motivo del tratado de libre comercio, se cuenta con paneles de solución de controversia, con arbitraje y otras opciones.

Programas especiales

e-gobierno

De acuerdo con la información contenida en la página de e-gobierno, es uno de los cuatro conceptos del programa de e-México, al igual que los otros restantes que son: e-aprendizaje, e- salud y e-economía. Este programa ofrece diversas aspectos tales como trámites y servicios en línea, temas de gobierno, foros de gobierno, temas de financiamiento de estados y municipios, directorios de congresos locales y de la asamblea legislativa del distrito federal así como respecto de los poderes legislativo y del poder judicial federal, se agregan otras informaciones acerca de sitios de gobiernos del mundo, foros de opinión, sitios relacionados y consulta del Diario Oficial de la Federación. Como todos los sitios ofrecen mapas del lugar y otras posibilidades. Particularmente los programas de e-gobierno y otros accesos al derecho de información en los ámbitos: federal, regional, estatal y municipal, así como consulta y trámites de temas de trabajo, normatividad y políticas, servicios y trámites electrónicos etcéteras con el objeto de elevar la eficiencia, productividad, calidad, acceso información, acceso a los servicios, para entregarlos por medios electrónicos, mayor captación de ingresos y rendición de cuentas a los ciudadanos.

Los proyectos de éste programa tienen las siguientes características, ser abiertos, estandarizados en la red con orientación y atención en el cliente, servicios personalizados, relacionar los servicios del gobierno con los negocios, agencias y jurisdicciones, fomentar las concesiones públicas y privadas; para ese proyecto intersecretarial se requiere de diversos organismos así como de secretarios de Estado.

e-administración

El programas de e-administración se corresponde con el programa de e-México, sin embargo, hay que resaltar que en otros países del mundo, se particulariza el programa de e-administración por separado, para detallar un programa integral, en donde se resaltan los planes y programas de los gobiernos centrales, en consonancia con los programas sectoriales, a fin de presentarlos unitaria y desglosadamente, atendiendo las competencias federal, estatal y municipal respectivamente. Esto no quiere decir que el programa e-México, no ofrezca esas posibilidades, sino que dicho programa prioriza algunos temas, por ello la presentación que hicimos con anterioridad y también por ello la separata que estamos realizando en el presente parágrafo. En general se percibe que la presentación de este rubro es semejante al de muchos otros sitios en internet, en donde se ofrecen similares servicios, ahora bien siendo en principio las diferencias mínimas, pero con la salvedad de que la diferencia o diferencias que puedan empezar a apreciarse, para acreditar la calidad de los servicios ofrecidos, residirá en el momento de la consulta, seguimiento, es decir, en la coordinación de la gestión informática. con todo, y examinar las páginas, tanto a esta como las anteriores y aún otras, ofrecen en teoría calidad es similares a los mejores sitios de internet en el mundo, incluso, se menciona que algunos servicios de paginas de internet de algunas oficinas del gobierno mexicano está entre los mejores sitios del mundo, a pesar de esas congratulaciones tenemos que ser realistas, toda vez que los ordenadores o servidores y la calidad de los mismos fuera de México, especialmente los de estados unidos y de otros países desarrollados, ofrecen los servicios de internet con los resultados más avanzados.

e-justicia

Acerca del sitio denominado e-justicia, tampoco existe propiamente uno de tales características en México, ignorándose las razones sobre el particular, por lo que el correspondiente al de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de sus atributos, ofrece muchas posibilidades para obtener información, lo mismo para legislación nacional, como la de los estados y del Distrito Federal,

también se ofrecen consultas de toda la jurisprudencia en todos los ámbitos federal, así como en todos los temas penal, civil, laboral y constitucional. Igualmente se puede consultar el consejo de la judicatura federal que aún que es un órgano independiente dentro del poder judicial federal, se encuentra comprendido en el sitio que comentamos. En ambos casos se ofrecen además mapas de organización, competencias, informes sobre las incidencias más importantes, ponencias diversas, nombre de los funcionarios más importantes y posibilidad de localización de los demás integrantes de ambos órganos. El sitio resulta de mucha ayuda, tanto en la consulta, como en la orientación a la de cualquier asunto de su competencia, así como para difundir su presencia en todos los ámbitos del territorio nacional e internacional. Además cuentan con acervo bibliográfico, hemerográfico y virtual para proceder a realizar consultas de diverso tipo. Este sitio como todos los demás, cuenta con un registro de las visitas realizadas diariamente, desde que comenzó sus operaciones y por el número ascendente que presenta, se deduce la importancia del lugar.

e-legislativo

El poder legislativo, dividido en dos cámaras, la cámara de diputados y la cámara de senadores, en los sitios correspondientes que se encuentra por separado, cada uno de ellos presenta un organigrama operativo, ofreciendo diversos servicios, tales como, archivo histórico, gaceta parlamentaria, servicios bibliotecarios, noticias de los debates, leyes y decretos, historia de cada una de las entidades, así como señalan cada uno sus competencias. Se trata de dos sitios que ofrecen temas relevantes sobre el acontecer político nacional, que además de facilitar consultas diversas y acceso a lugares de interés, también cuentan con acceso para diversos temas legislativos.

El IFE

El Instituto Federal Electoral, tiene su sitio en la web de internet y se ocupa de todos aquellos asuntos por cuya competencia sustantiva tiene atribuidas por el COFIPE, esto es el Código Federal de Instituciones Políticas Electorales y que por oposición a las que tiene el TRIFE, esto es el Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, este último que se encarga úni-

camente de ventilar cualquier asunto electoral o aspecto resuelto en cualquier instancia electoral, siempre y cuando haya quejas de alguna institución política inconforme y no se hayan observado en sus términos las disposiciones del COFIPE sobre el tema recurrido.

Capítulo 3. La regulación en la Informática Jurídica actual

Principales contenidos y temas de la informática jurídica

Los temas de la informática jurídica comprenden como todas las legislaciones los siguientes puntos:

Aspectos internacionales, Tratados internacionales, Declaraciones, Convenciones, Directivas, Arreglos, y otros aspectos legales.

Los tratados internacionales

Por su legislación de cada país, si bien es cierto también, que no todos los Estados han legislado sobre todas las materias que comprende esta temática.

La legislación generalmente comprenden los rubros siguientes:

Legislación federal y en algunos casos legislación estatal
Legislación de la propiedad intelectual
Legislación sobre derechos de autor
Legislación sobre protección de datos
Legislación sobre seguridad informática
Legislación sobre competencia
Legislación sobre comercio
Legislación sobre contratos informáticos
Legislación sobre telecomunicaciones
Legislación sobre responsabilidad civil
Reglamentación sobre cada uno de sus temas
Acuerdos, circulares y en algunos casos instructivos

Toda esta legislación es de competencia federal y en algunos casos local, se publica en los diarios oficiales de cada Estado libre y soberano, así como en las entidades federativas o departamentales, esto último como en los casos de Francia, Bolivia, etc., por citar sólo algunos.

Los tratados internacionales suscritos por México son los siguientes:

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales
Leyes sobre la Celebración de Tratados
Leyes sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica

Derechos de autor

En el caso de México tenemos la Ley Federal de Derechos de Autor, que protege los rubros de programas de computación (software) y las bases de datos, y establece los casos para obtener una copia legal de los programas correspondientes en sus artículos: 13, fracción XI, programas de cómputo; artículos 101 a 114 (de los programas de computación y las bases de datos) asimismo se establecen excepciones en los artículos 27 fracción IV, 33, y limitaciones a los derechos patrimoniales en los artículos 148 y 151 y por otra parte del artículos 164 en lo referente a la obtención de copias.

Comercio electrónico

El Código de Comercio comprende la regulación del Título Segundo denominado " del Comercio Electrónico " a partir de los artículos 89 a 95, donde se describen los conceptos de: certificado, datos de creación de firma electrónica, destinatario, emisor, firma electrónica, firma electrónica avanzada o fiable, firmante, intermediario, mensaje de datos, parte que confía, prestadores de servicios de certificación, Secretaría de Economía, sistema de información y titular del certificado (artículo 89), se establece que no se negarán efectos jurídicos a la información contenida en un mensaje de datos (artículo 89 bis); lo relativo al mensaje de datos del emisor (artículo 90);

el supuesto de que mensaje de datos enviado por el emisor al destinatario o la parte que confía para en que casos actuar (artículo 90 bis); determinación de la recepción del mensaje de datos (artículo 91); lo referente al acuse de recibo de mensaje de datos (artículo 92); forma escrita para los convenios o contratos, tratándose de mensaje de datos (artículo 93); existe obligación de los comerciantes a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de mensajes de datos, de acuerdo con la Norma Oficial Mexicana no. Nom-162-SCFI-2004 (publicada en el Diario Oficial de la Federación el primero de junio de 2004, que establece la vigilancia de esta norma oficial, a la Secretaría de Economía, la Procuraduría Federal del Consumidor, el Servicio de Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y demás autoridades competentes conforme a sus respectivas atribuciones) a que se refiere el artículo 49 del código de comercio.

El artículo 94 precisa los lugares del emisor y del destinatario, salvo pacto en contrario; y el artículo 95 se relaciona con el 90 para que el destinatario proceda en consecuencia.

Firma electrónica

En cuanto se refiere a las firmas, la primera se define como firma electrónica y asimismo se habla de firma electrónica avanzada o fiable que reúne otros requisitos, artículo 97 fracciones I a IV; se contempla la figura de los prestadores de servicios de certificación, artículo 98; las obligaciones del firmante, artículo 99.

Prestadores de servicios de certificación se establecen como tales a los notarios públicos y corredores públicos, las personas morales de carácter privado y las instituciones públicas conforme a las leyes aplicables, artículo no. 100; el objeto social de los prestadores de servicios se describe en el artículo 101; en el artículo 102 se establece la obligación de notificar a la Secretaría de Economía la iniciación de servicios de certificación dentro de los 45 días naturales de inicio, a sí como se describen requisitos, procedimientos, sistemas de certificación, otorgamiento de confianza, escrito de conformidad y registro de su certificado ante la Secretaría

de Economía. las responsabilidades de las entidades prestadores de servicios deberán estipularse en el contrato con los firmantes, artículo 103; en el artículo 104 se establecen las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación, como por ejemplo generación de datos, de creación y verificación, condiciones precisas, limitaciones de uso, garantía, mantenimiento del registro, condiciones de consulta, confidencialidad, para el caso de cesar en su actividad, deberán informarlo a la secretaría además deberán evitar la alteración de los certificados, emitiendo declaraciones sobre sus normas y prácticas, proporcionar medios de acceso, método para identificar al firmante, limitaciones y vigencia del certificado.

La Secretaría de Economía coordinará y actuará como autoridad certificadora y registradora respecto de los prestadores de servicios antes mencionados, artículo 105; para la prestación de servicios de certificación se estará a las leyes que regulan las instituciones financieras, para verificar la firma certificada, su validez suspensión o revocación y cualquier limitación, artículo 107; los certificados deben contener, esa denominación, código de identificación, identificación del prestador de servicios, nombre del titular de certificado, vigencia, fecha y hora de emisión, suspensión y renovación del certificado, alcance de responsabilidades y referencias de la tecnología empleada, artículo 108; los casos en que certificado deja de surtir efectos para el futuro, dos años a partir de la fecha de expedición, revocación a solicitud del firmante, persona física o moral representada por este con un tercero autorizado, pérdida o inutilización por daños del dispositivo por no cumplirse con los requisitos establecidos por la ley al momento de su expedición y por resolución judicial, artículo 109; se establecen sanciones por incumplimientos del prestador de servicios de certificación, conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, artículo 110; uso de las medidas legales necesarias están comprendidas en el dispositivo no. 112; los casos de que un prestador de servicios sea suspendido, inhabilitado o bien que cancelaron su ejercicio, el registro y los certificados pasarán para su administración a otro prestador de servicios de certificación que señale la secretaría, numeral 113.

Capítulo 4. Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros

Se establecen los supuestos para determinar si un certificado o una firma electrónica extranjera producen efectos jurídicos y en que medida; por el lugar de expedición de la firma electrónica, por el lugar del establecimiento del prestador de servicios o del firmante, el supuesto de que todo certificado expedido fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos que un certificado expedido en la República Mexicana se presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por este título, igual situación en el caso de toda la firma electrónica, para el efecto se considerarán las normas internacionales reconocidas por México y por cualquier otro medio de convicción pertinente y finalmente si las partes acuerdan utilizar firmas electrónicas y certificados determinados, serán suficientes para el reconocimiento transfronterizo, salvo que no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable, contenido en el artículo 114 del código que se comenta.

Delitos informáticos

El Código Penal Federal comprende diversos dispositivos por tipos penales, casi todos perseguibles por querella de parte ofendida, a que se refieren los artículos 211 bis 1, al 211 bis 7, comprendidos en el libro segundo, título noveno. Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Capítulo II acceso ilícito a sistemas y equipos de informática. Y también otros tipos penales están comprendidos en el libro segundo título 26º de los delitos en materia de derechos de autor, de los artículos 424 a 429, todos del Código Penal Federal, todos perseguibles a petición de parte o por querella necesaria, con excepción del artículo 424 bis fracción I que será perseguido de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429 del mismo dispositivo penal.

Para los delitos comprendidos en los artículos 211 bis 1 al 211 bis 7, como se estableció anteriormente perseguibles a petición de parte y en general se refieren a dos situaciones genéricas descritas como: " al que sin autorización, "al que estando autorizado" y se describe que: modifiquen, des-

truyen o provoquen pérdida de información de sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, sean de propiedad particular o del estado, supuestos estos para el primer caso y para el segundo, esto es, al que estando autorizado para acceder a sistemas y equipos de informática, modifiquen, destruyen o provoquen pérdida de información, incluida la del sistema financiero, se les impondrán sanciones que van de seis meses a cuatro años de prisión y multas de 50 a 600 días multa, penas que pueden incrementarse cuando las conductas sean cometidas por funcionarios o empleados de las instituciones que integran el sistema financiero.

Para los delitos comprendidos en el libro segundo título 26º de los delitos en materia de derechos de autor, como antes se señaló todos se persiguen a petición de parte ofendida y por querella, con excepción del ilícito establecido en el artículo 424 bis fracción I que será perseguido de oficio, atento a lo dispuesto por el artículo 429 del mismo ordenamiento penal invocado. todos esos delitos se refieren a conductas que pueden ser cometidas por lo que se refiere a posible especulación de los libros de texto gratuitos que distribuye la Secretaría de Educación Pública, al editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más números de ejemplares de una obra por la Ley Federal de Derechos de Autor, también que las mismas se usen en forma dolosa, con fines de lucro y sin la autorización correspondiente, hipótesis comprendidas en el artículo 424; el artículo 424 bis se refiere a los casos de quien: produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros protegidos por la ley federal del derecho de autor, en forma dolosa, con fines de especulación comercial y sin la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos conexos; en cuanto hace al artículo 424 ter se establecen sanciones para quienes vendan en vías o lugares públicos o establecimientos comerciales o de manera organizada o permanente, copias de obras, etc., descritas en la fracción primera del artículo 424 bis.

El artículo 425 establece sanciones para quien a sabiendas y sin derecho explote con fines de lucro una interpretación o una ejecución. el artículo 426 establece dos hipótesis con respecto a descifrar una señal de satélite portadora de programas sin autorización, sea que fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar o realice cualquier acto con ese

motivo. El artículo 427 establece penas para quien publique una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre, el artículo 428 establece reglas para las sanciones pecuniarias correspondientes y finalmente el artículo 429 establece las reglas de procedencia de querella para todos los delitos mencionados, con excepción del artículo 424 fracción I. En general todos esos delitos tienen establecidas sanciones que van de seis meses a 10 años de prisión y de 300 a 20,000 días multa, sin perjuicio de la reparación del daño cuyo monto no podrá ser menor al 40% del precio de venta al público por cada producto, etc.

Los medios electrónicos en materia fiscal

Congruente con las líneas que preceden, el Código Fiscal de la Federación en su título primero. Disposiciones generales. Capítulo II De los medios electrónicos, tales artículos 17 c al 17 j, establecen con detalle diversos supuestos, resaltándose la regla general contenida en el artículo 17 c que claramente señalan que tratándose de contribuciones administradas por organismos fiscales autónomos, las disposiciones de este código en materia de medios electrónicos sólo serán aplicables cuando se restablezca la ley de la materia, el artículo 17 d prevé el caso de presentar documentos digitales y firma electrónica avanzada donde además las autoridades fiscales podrán autorizar el uso de otros firmas electrónicas; exigiendo requisitos tales como contar con un certificado que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de una firma electrónica avanzada expedido por el servicio de administración tributaria en tratándose de personas morales y de los sellos digitales previstos en el artículo 29 de este mismo código. Por su parte el artículo 29 se refiere a los comprobantes impresos en establecimientos autorizados, mismos que se utilizarán para poder deducir o acreditar fiscalmente, por lo tanto el contribuyente y quienes expidan los comprobantes deberán comprobar los nombres, razón social y clave del Registro Federal de Contribuyentes, situación que no será aplicable para las operaciones que se realicen con el público en general. Los comprobantes deberán expresar el pago en una sola exhibición o bien en parcialidades; cuando el pago se realice bajo parcialidades, deberán contenerse los requisitos previstos en las frac-

ciones 1 a 4 del artículo 29-a, describiendo el importe del número de parcialidad, número y fecha del comprobante etc.; las personas físicas y morales que cuentan con certificado de firma electrónica avanzada y vigente y lleven su contabilidad en sistema electrónico podrán emitir los comprobantes mediante documentos digitales que cuenten con sello digital amparado por un certificado expedido por el Servicio de Administración Tributaria; debiendo cumplir con los requisitos siguientes: tramitar ante el Servicio de Administración Tributaria el certificado para el uso de los sellos digitales, para el uso de una o más sellos digitales que quedan sujetos al uso de una firma electrónica avanzada; además podrán contar con un certificado de sello digital para cada uno de sus establecimientos previa solicitud; incorporaran además en los comprobantes digitales los datos comprendidos en las fracciones: I, III, IV, V y VI del artículo 29-a del código; pero tratándose de operaciones con el público en general, contendrán los requisitos de las fracciones I y III del artículo 29-a del código y adicionalmente deberán reunir los requisitos contemplados en las fracciones I, III, IV y VI de este artículo; también agregarán un número de folio; establecerán un sistema electrónico de emisión de folios, previa solicitud de asignación de folios; proporcionarán a las autoridades la información correspondiente a los comprobantes fiscales digitales expedidos con los fondos asignados; igualmente con sus clientes proporcionar en documento impreso el comprobante electrónico en términos de las especificaciones del servicio de administración tributaria; deberán conservar y registrar los comprobantes fiscales digitales emitidos; deberán archivar los y registrar los comprobantes digitales emitidos quedando sujetos a lo dispuesto por el artículo 28 de este código; cumplir con los requisitos señalados de pago en una sola exhibición o en parcialidades; cumplir con las especificaciones en materia informática; quienes opten por emitir comprobantes fiscales digitales salvo los que determine el SAT no podrán emitir otro tipo de comprobantes; los contribuyentes que deduzcan o acrediten fiscalmente con base en los comprobantes fiscales digitales para determinar la autenticidad del documento impreso deberán consultar en la página electrónica del SAT, la veracidad del mismo; se define el pago, el acto por el cual el deudor cumple o extingue bajo cualquier título alguna obligación.

El artículo 29-a describe los requisitos de los comprobantes fiscales, nombre, denominación social, domicilio fiscal clave del Registro Federal de Contribuyentes, obliga a contener impreso el nombre y demás requisitos, tales como el número de folio, lugar y fecha de expedición, clave del Registro Federal de Contribuyentes de la persona a favor de quien expida, cantidad y clase de mercancías, valor unitario, número y fecha del documento aduanero, fecha de impresión y datos de identificación del impresor autorizado; tratándose de comprobantes que amparen la enajenación de ganado, debe agregarse la reproducción del hierro de marcar; los comprobantes podrán ser utilizados en un plazo máximo de dos años, debiendo señalarse la vigencia. Los contribuyentes que realicen operaciones con el público general deberán expedir comprobantes simplificados en los términos del reglamento de este código. dichos contribuyentes quedan liberados cuando las operaciones se realicen con un monedero electrónico que reúnan los requisitos de control del SAT y finalmente los contribuyentes que perciban todos sus ingresos mediante transferencias electrónicas de fondos o mediante cheques nominativos para abono en cuenta del contribuyente, salvo los percibidos del público general, podrán expedir comprobantes que permitan identificar a el servicio o bien de que se trate y señalar en forma expresa y por separado los impuestos que se trasladan, debiendo estar debidamente foliados.

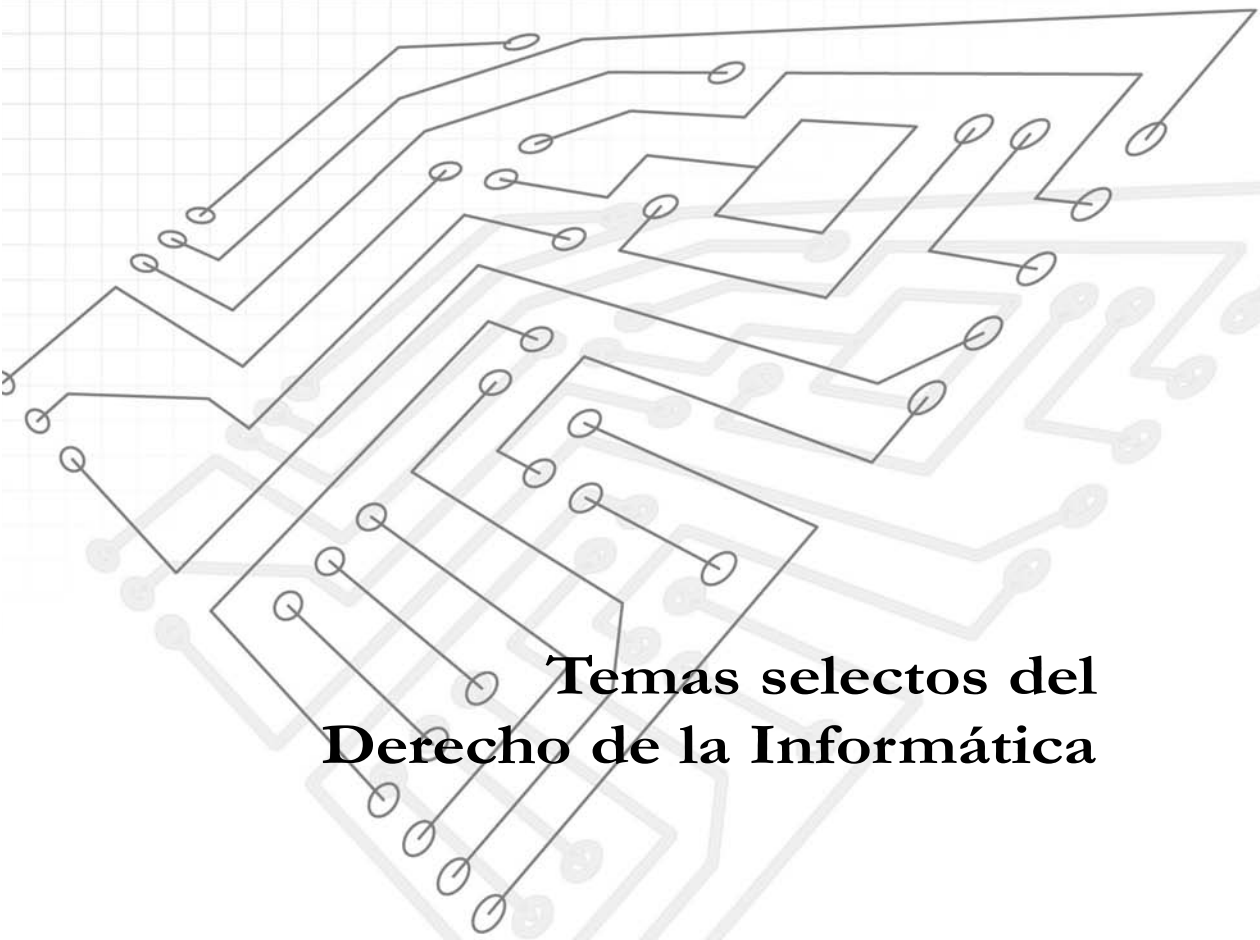
Epílogo

Desde siempre todos los desarrollos científicos, tecnológicos especialmente, entre otros, han influido de una manera por demás detonante en la historia humana, tanto pasada como presente; sin embargo es claro, que se aprecia más en el presente, como ese desarrollo logrado en los últimos 300 años, ha rebasado con creces los avances hasta ahora conocidos. el hombre del presente constituido como él homo sapiens, sapiens, sustituye al rudimentario homo faber y sienta las bases para iniciar un periplo sustentado no solamente en movimientos mecánicos, automáticos, sino también en incidencias digitales que tienden a controlar el presente, con ello el quehacer prospectivo y consecuentemente la acción cotidiana en todos los órdenes social, económico, político, jurídico, cultural, etc., en efecto, el probable futuro se vislumbra

ofertante, prometedor, pero como en toda actividad humana, el futuro más probable no se encuentra completamente asegurado, debido a la condición humana. Estas tareas no están exentas de riesgos ciertamente y por tanto debemos afrontarlas con entusiasmo, racionalidad y espíritu renovador sustentable, cuidando la naturaleza especialmente que nos sigue aportando todos sus bienes generosamente, aunque no sabemos por cuanto tiempo.

Legislación consultada y fuentes de información legislativa

Código Civil Federal
Código de Comercio
Código Fiscal de la Federación
Código Penal Federal
Ley Federal del Derecho de Autor
Ley Federal de Telecomunicaciones
Ley Federal de Protección al Consumidor
Norma Oficial Mexicana NO-162-SCFI-2004
INEGI. Anuario estadístico 2000. México
Internet
www.ordenjuridico.gob.mx



Temas selectos del Derecho de la Informática

:: Temas selectos del Derecho de la Informática

Julio Téllez Valdés (coordinador)

A manera de introducción

Agradeciendo la atenta invitación de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, dependiente de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, en el sentido de escribir un libro sobre TEMAS SELECTOS DEL DERECHO DE LA INFORMATICA, tuve a bien decidir estructurar ésta obra a partir de la coordinación y recopilación de trabajos realizados por alumnos míos, porque es fundamental para el progreso de cualquier área del conocimiento mostrar los logros de gente joven, sobre temas cuyo propio dinamismo obliga a dar cabida a ideas nuevas. Por este motivo, considero que seguramente a final de cuentas, el amable público lector resultará más complacido que si yo hubiera escrito la totalidad de la obra.

Los alumnos en cuestión, estudiantes de Maestría en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, son los licenciados Elena Chávez González, Mónica Ivonne Díaz Ávila, Alexandra González y Carlos González, a quiénes agradezco su valiosa cooperación, que espero se vea retribuida con el orgullo de ver publicadas sus investigaciones e ideas en este libro.

Atentamente

Julio Téllez Valdés

Capítulo 1. El comercio electrónico en México

Introducción

El Comercio Electrónico puede definirse como "cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación"[1]. En México el comercio electrónico es un mercado apenas reciente, aun recordamos los inicios del Internet a finales de los años 80's con compañías como SPIN o Compuserve, quienes en la Ciudad de México, ofrecían acceso a los llamados BBS o (Bulletin Board Services) donde el usuario podía chatear con otras personas conectadas en línea, se podía bajar información de diferentes temas e incluso leer algunas noticias, el servicio obviamente se limitaba al número de módems disponibles y al área geográfica de suscripción de los usuarios; sin embargo, esos inicios quedaron atrás rápidamente y ahora vemos cómo el Internet forma parte de la vida diaria de un sin número de personas en nuestro país, la globalización nos ha traído toda esta tecnología que ha llegado para quedarse, hoy en día es muy difícil imaginarse cómo podríamos vivir sin Internet y es por esto mismo que los gobiernos requieren regular las diferentes actividades que se realizan por este medio ya que siendo una tecnología que rompe las barreras geográficas es difícil poner una línea divisoria similar a las fronteras entre países, por ello se han creado leyes y reglamentos que buscan salvaguardar la integridad de las personas, de las compañías y de los gobiernos.

Aun y cuando el comercio electrónico NO sustituye al tradicional, todos los países que se han visto embarcados en el mar de operaciones electrónicas, entre ellos México, se han visto en la necesidad de incluir reformas en sus legislaciones existentes, o crear nuevas, para poder proporcionar un soporte legal a las empresas y usuarios que utilicen el comercio electrónico, ya que muchas de las legislaciones existentes no son aplicables a las características de este nuevo ámbito. El gobierno esta consciente del avance tecnológico y ha hecho esfuerzos importantes por estar a la vanguardia en cuanto a regulaciones se refiere, en este documento analizaremos cuáles son las regulaciones aplicables, qué temas cubren, cómo se garantiza la seguridad de los

usuarios y de las compañías que realizan comercio electrónico dentro y fuera de nuestras fronteras.

México

Siguiendo las recomendaciones realizadas por las Naciones Unidas a través de la Comisión de de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en Mayo del 2000 se realizaron importantes reformas al: Código Civil Federal, Código de Procedimientos Civiles, Código de Comercio, Ley Federal de Protección al Consumidor.

Código Civil Federal

"Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y con ello se reforman sus artículos 1o., 1803, 1805 y 1811, y se le adiciona el artículo 1834 bis" [2]

El artículo 1803 del Código Civil Federal, menciona que el consentimiento de la voluntad puede ser expreso, se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología; El artículo 1834 bis (ver anexo) que fue agregado al Código Civil Federal, constituye claramente el fundamento en este Código para el uso y características de la Firma Digital o Firma Electrónica Avanzada, ya que expresamente menciona que el medio que sea utilizado para suponer un acuerdo, cualquiera que sea el medio, debe ser atribuible a ambas partes, asegurando su integridad y que pueda ser consultado en cualquier momento.

Código Federal de Procedimientos Civiles

Se adicionó el artículo 210-A, en donde, al igual que en el Código Civil Federal, menciona que se reconoce como prueba cualquier información comunicada o generada, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, dándole validez a esta información si los métodos de creación, transmisión y almacenamiento son confiables, se asegure su integridad, sea posible atribuirla a las partes y pueda ser consultada posteriormente.[3]

Código de Comercio

"Se reforman los artículos 18, 20, 21 párrafo primero, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 49, 80 y 1205, y se adicionan los artículos 20 bis, 21 bis, 21 bis 1, 30 bis, 30 bis 1 y 32 bis 1298-A; el Título II que se denominará "Del Comercio Electrónico", que comprenderá los artículos 89 a 94, y se modifica la denominación del Libro Segundo del Código de Comercio"[4]

Menciona que en los actos de comercio pueden utilizarse medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología, y que la información creada, enviada, recibida y almacenada a través de medios electrónicos será considerada como Mensaje de Datos; y a su vez establece lo mismo que en los Códigos arriba mencionados: cuando la ley exija tener contratos firmados, se podrán aceptar en su lugar mensajes de datos siempre y cuando éste pueda ser atribuible a las partes, conservado de forma íntegra y accesible para consulta posterior; y dándole validez siempre y cuando sean confiables los métodos de creación, transmisión y almacenamiento.

En el 2003, la Cámara de Diputados sometió a consideración del Pleno de la Cámara de Senadores el "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA. A manera de resumen se presenta a continuación el contenido de los artículos del 89 al 114 dentro del Título Segundo (Del Comercio Electrónico) del Código de Comercio.[5]

Se incluyen las definiciones de términos empleados en materia de Comercio Electrónico. Se identifican las características para la Firma Electrónica Avanzada, las cuales son: los datos de creación de la firma son exclusivos del emisor y están bajo su absoluto control al momento de crearla; que sea posible detectar alteraciones a la firma; que sea posible detectar alteraciones al mensaje. Define que es responsabilidad del firmante proteger la seguridad de su firma, debe cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la misma y de su mal uso, excepto cuando el destinatario conozca la condición de inseguridad de la firma y no haya actuado debidamente.

Introduce el concepto, actividades y responsabilidades de los Prestadores de Servicios de Certificación quienes son aprobados únicamente por la Secretaría de Economía (notarios públicos, corredores públicos,

personas morales privadas e instituciones públicas). En esta reforma se establecen los criterios para poder solicitar ser Prestador ante la Secretaría. Se mencionan las características que deben tener los certificados para ser válidos, cuando dejan de serlo y las sanciones aplicables a Prestadores de Servicios de Certificación en caso de incumplir alguna de sus responsabilidades. En el artículo 114 se establecen las bases que reconocen y otorgan validez a los certificados expedidos fuera de México.

Ley Federal de Protección al Consumidor

La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), fue creada en Febrero de 1976, su misión es: "Promover el desarrollo de consumidores y proveedores para que ejerzan sus derechos y cumplan sus obligaciones, con un equipo Profeco comprometido, eficaz, eficiente y vanguardista".[6] Con el avance en las relaciones comerciales, algunas leyes han sido modificadas a fin de clarificar las actividades y marco de jurídico de la PROFECO. Por ejemplo la Ley Federal de Protección al Consumidor fue modificada en el año 2000 con la finalidad de incluir disposiciones referentes al comercio electrónico, de esta forma fue incluido el capitulo VIII Bis titulado "DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS TRANSACCIONES EFECTUADAS A TRAVÉS DEL USO DE MEDIOS ELECTRONICOS, ÓPTICOS O DE CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA".

El articulo 76 bis establece que las disposiciones del capitulo en cuestión aplicaran para cualquier transacción hecha por medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología. Los apartados del artículo 76bis tocan los siguientes temas:

I) Protección a la información personal. Donde la información proporcionada al proveedor no podrá ser transmitida o difundida sin el consentimiento del cliente o por requerimiento de alguna autoridad competente.
II) Seguridad en las transacciones comerciales por medio del uso de la tecnología. Obliga a los proveedores a usar la tecnología disponible con el fin de garantizar seguridad y confidencialidad a los consumidores
III) Obliga al proveedor a dar a conocer su domicilio físico y teléfono antes de la celebración de la transacción para el caso de que exista alguna queja

IV) Practicas Engañosas. El proveedor deberá de informar claramente las características de los productos o servicios

V) Da al consumidor el derecho de conocer todos los detalles del producto así como su precio formas de pago y costos de envío

VI) Anti-SPAM. Prohíbe al proveedor enviar avisos comerciales si el consumidor o ha expresado su consentimiento para ello.

VII) Protección de población vulnerable. El proveedor deberá de proporcionar información clara y precisa en sus practicas de mercadotecnia, especialmente cuando se trate de población vulnerable (Niños, Enfermos y Ancianos). Así mismo deberá de tener un mecanismo que advierta cuando la información que proporcione no sea apta para ser vista por esta población.

Dado que el Comercio Electrónico no se circunscribe solamente al ámbito nacional la PROFECO es parte del proyecto internacional eConsumer.gov[7], donde se apoya al consumidor en lo referente a reclamaciones por transacciones realizadas en el extranjero. eConsumer.gov nace el 24 de abril del 2001 en respuesta al creciente problema que representa el fraude en las transacciones comerciales transfronterizas por Internet, 33 países incluidos México, forman parte de este esfuerzo. El sitio Web utiliza la red Consumer Sentinel, la cual es una base de datos que contiene las quejas de los consumidores y las investigaciones hechas por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Este organismo por si mismo no tiene una ley que lo sustente, dado que es el esfuerzo coordinado de 33 países, sin embargo hace las veces de conciliador ante alguna reclamación por comercio electrónico transfronterizo.[8]

La PROFECO forma parte del Comité de Políticas del Consumidor (CCP) de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), dentro de esta organización se analizan las tendencias de las prácticas comerciales internacionales y se dan lineamientos los cuales se dejan al libre albedrío de los países respecto de su ejecución con la finalidad de prevenir los abusos que perjudican a los consumidores. En el año 2003 los países miembros adoptaron las "Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas, Fraudulentas y Engañosas", donde se reconoce el daño que hacen las malas prácticas comerciales, estas son de igual manera, simples recomendaciones, no intentan de ninguna manera inci-

dir en la soberanía de los países sino actuar como guías para que cada país las adapte a su propia realidad.[9]

Otras Reformas

Posterior a las reformas mencionadas arriba, otras leyes y reglamentos han tenido que incluir apartados en materia de Comercio Electrónico para poder ofrecer este tipo de servicio en sus operaciones

Reglamento del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación[10]

Entro en vigor el 20 de julio del 2004, aprobado por el Presidente Vicente Fox Quesada el 14 de julio de 2004. Este reglamento básicamente estipula lo mismo que el decreto que está por ser aprobado por la Cámara de Senadores mencionado anteriormente. En los artículos del reglamento, se detallan: los requisitos y trámites que deben cumplir aquellos que deseen ser acreditados como Prestadores de Servicios de Certificación; los pormenores del inicio de operación de los Prestadores; la emisión de los certificados; las auditorias a las que serán sometidos por parte de la Secretaría de Economía; y por último las sanciones e infracciones que les pueden ser aplicables.

Código Fiscal de la Federación[11]

En estos artículos se establece que cuando la institución Fiscal obligue a presentar documentos de manera electrónica, éstos deberán llevar la firma electrónica del autor. Para que los documentos digitalizados puedan tener validez, es importante que lleven un certificado vigente el cual sustituirá a la firma autógrafa del firmante, garantizando la integridad del documento y tendrá el mismo valor probatorio que la firma autógrafa. Se define como documento digital todo mensaje de datos que contenga información creada, transmitida y almacenada de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas podrán ser tramitados por los contribuyentes ante el Servicio de Administración Tributaria (SAT) o cualquier prestador de servicios de certificación autorizado por el

Banco de México. Los certificados tendrán una vigencia máxima de 2 años. En estos artículos se explica a detalle los procedimientos para requerir la Firma Electrónica Avanzada, los certificados y la reexpedición de los mismos. La validez de los certificados se mide en términos de las características expuestas en el Decreto de reforma al Código de Comercio (Capítulo III - De los Prestadores de Servicios de Certificación, mencionado arriba). Los certificados quedarán sin efectos fiscales cuando: así lo solicite el firmante; sea por orden judicial; por fallecimiento del titular; disolución de la persona moral; termine el plazo de vigencia del certificado; por extravío o corrupción por medio de medio electrónico; se compruebe que el certificado no cumplía con la ley al momento de ser expedido; cuando se ponga en riesgo la confidencialidad de los datos de creación de la firma. En los artículos se listan las obligaciones y responsabilidades del titular del la firma y el certificado.

La utilización de la Firma Electrónica Avanzada permite en la actualidad revolucionar operaciones tan comunes como lo es la Facturación. La Factura Electrónica o Comprobante Fiscal Digital (CFD) mantiene las mismas características y propósito que la factura actual, con la diferencia de que viaja electrónicamente con elementos de seguridad. El fundamento legal de los Comprobantes Fiscales Digitales se encuentra en los artículos 29 y 29-A del mismo código.[12]

El funcionamiento de las Facturas Electrónicas, se describe como sigue: "La factura electrónica es un esquema de facturación que utiliza tecnología digital para generar y resguardar este tipo comprobantes fiscales digitales. Cada factura que se emite cuenta con un sello digital que permite corroborar el origen e integridad de la factura y le da validez ante las autoridades fiscales, una cadena original que es un resumen de la factura, así como un folio que indica el número de la transacción.

Las facturas electrónicas pueden ser enviadas y guardadas utilizando medios electrónicos. También pueden imprimirse en caso de que el solicitante así lo requiera, y tienen la misma validez que las facturas tradicionales.

Los contribuyentes que opten por emitir facturas electrónicas, deberán enviar un reporte mensual al SAT que contenga la información de todos los folios que emitieron a sus clientes en el mes anterior. A su vez, los clientes

podrán verificar la validez del comprobante recibido, ingresando a este portal en la sección de Validación de Certificados Digitales."[13]

En la página electrónica del SAT se pueden encontrar las instrucciones detalladas de la solicitud y operación de la Factura Electrónica (conocida como "tu firma"). El proceso de operación básico cuenta con las siguientes características: [14]

1) Autenticidad: certeza de que el mensaje sólo proviene del emisor.
2) Integridad: el contenido no puede ser alterado.
3) No repudiación: innegable autoría y recepción del mensaje.
4) Confidencialidad: sólo el emisor y el receptor pueden leer el mensaje.

Ley de Instituciones de Crédito[15]

Las principales reformas a esta Ley fueron realizadas en Mayo del 2000 y Junio del 2001 a los artículos 52, 57, 101 y 112. En el articulo 52, se menciona que las instituciones podrán realizar sus operaciones y prestación de servicios mediante medios electrónicos, sistemas automatizados, redes, siempre y cuando se establezcan las bases para que exista la manera de identifica al usuario, cuales operaciones va a realizar por esos medios, y por cuales medios se realizara la creación, transmisión, modificación o terminación de los derechos y obligaciones. Menciona también que los medios que utilice el sitio para identificación del usuario serán suficientes para sustituir su firma autógrafa y que ello tendrá pleno valor probatorio. El articulo 57 habla acerca de la autorización para realizar las operaciones en la cuenta del usuario, y se menciona que dicha autorización podrá llevarse a cabo no solo por medio de firma autógrafa sino que los medios electrónicos son aceptados. El artículo 101, menciona la inclusión de los medios electrónicos como medio para difundir al usuario sus estados de cuenta, siempre y cuando cumplan con los requisitos. El artículo 112 Bis, menciona las sanciones aplicables a actos ilícitos relacionados con los instrumentos de pago que utiliza el banco, pero además incluye sanciones a quien altere los medios de identificación electrónica o haga uso indebido de la información

Banca Electrónica en México

De acuerdo con un estudio realizado por la empresa Servicios de Estrategia en Electrónica (Select)[16] el número de usuarios de Internet en México en el 2004 sería aproximadamente de 14,901,687 con un crecimiento estimado para el 2005 del 21.6%. En esta investigación se estudiaron los hábitos de los usuarios de Internet, y se determinó que algunos de los servicios que están siendo más utilizados son: los portales y buscadores, descargas de música, compras por Internet y banca electrónica. En cuanto a los servicios de banca electrónica, el servicio que más se utiliza el de consulta de saldos, posteriormente pagos de servicios, y en menor escala, las transferencias entre cuentas propias y las interbancarias.

La Asociación de Banqueros de México reportó que el número de usuarios de la Banca Electrónica en nuestro país pasó de 700 mil a 2.4 millones del 2000 al 2001 y se estima que se incremente hasta los 4.5 millones en el 2005. 17 En cuanto a las operaciones que los usuarios efectúan con más frecuencia se encuentran: las Consultas a Saldos (78%), traspasos (10%) y otras transacciones (12%). De acuerdo a un estudio de la empresa Select, las causas principales por las que algunos usuarios no realizan operaciones a través de este medio es por la falta de confianza y el desconocimiento de las características para realizarlas.[18]

Una parte importante respecto a la celebración de contratos por medios electrónicos es que ambas partes deben dar a conocer de manera clara y verificable sus domicilios para poder ser localizables en caso de surgir alguna controversia. Cuando la ley así lo requiera, los documentos electrónicos podrán ser formalizados ante un Notario Público o ante el Registro Público de la Propiedad.[19]

e-gobierno

En los últimos años se ha venido desarrollando una nueva iniciativa para lo que se conoce como "Gobierno Electrónico", también conocido por el término en inglés e-gobierno. Para muchos países representa una oportunidad de mejorar sus servicios, sin embargo la mayoría de los esfuerzos se están

concentrando en infraestructura sin mostrar hasta ahora con claridad los beneficios para los ciudadanos.

En el caso de México, el e-gobierno tiene como finalidad crear un espacio informático, de modo que todos los sectores de la población puedan tener acceso a los datos que necesitan, permitiendo realizar trámites, consultas, pagos, levantar quejas, dar seguimientos a casos, etc.; más sin embargo, el fondo de todo el servicio a los ciudadanos, para lo cuál los gobiernos han sido creados, aún falta por definirse, pues la mayoría de los programas carecen de planes detallados para estimular los servicios básicos como:

a) Registro de nacimientos de niños, b) Trámites para el registro y puesta en marcha de nuevas empresas, c) Renovación de todo tipo de licencias, d) Programas apertura de información a los ciudadanos, e) Publicación de planes de desarrollo, etc.

Ahora, no todo es tan malo como parece; el poner este tipo de servicio a disposición de los mexicanos para cubrir sus necesidades, permite minimizar el tiempo de "inversión" en las oficinas gubernamentales, considerando que el mismo gobierno asume la responsabilidad y a través de cada organismo u oficina nos está asegurando que la utilización de los diversos servicios que ofrece, son confiables y actuales.

El impulso que el presente sexenio está dando a las TI (Tecnologías de Información) en los diferentes niveles de gobierno (Federal, Estatal y Municipal) han emprendido la dinámica de modernización de la función pública. La innovación tecnológica refleja el interés por entregar servicios de vanguardia.

A partir del año 2000 se han manifestado historias de éxito, las cuales tuvieron como común denominador es el uso de las tecnologías de información en beneficio de la ciudadanía.[20]

Los casos han sido:

Kioscos cibernéticos. Proveer de medios electrónicos (computadoras, impresoras, Internet, cursos de computación, etc.) a las zonas rurales que carecen de estos recursos.

Telemedicina en Monterrey, N.L. La creación de la infraestructura de voz y datos (sistema de ruteo, comunicación, telefónica y cómputo) en las zonas rurales, se pueden transmitir imágenes, audio y datos en ayuda para los enfermos que pueden ser atendidos en la localidad con la asistencia remota.

e-Municipio de Coatzacoalcos. Modernización administrativa y transparencia financiera.

Intercambio Electrónico de Documentos en el Puerto de Veracruz. Reducción del tiempo empleado para realizar trámites de servicios relativos a la importación y exportación de productos entre las empresas y entidades gubernamentales de la comunidad portuaria.

Centro de Información Municipal. El gobierno municipal y la ciudadanía tienen acceso a información exacta y actualizada de sus inmuebles (datos específicos sobre superficies, medidas del lote, ubicación de predios, servicios, adeudos de impuestos, entre otros) mediante un navegador. Los tiempos de los procesos se reducen y la ciudadanía goza de una mejor atención (menores tiempos de espera y acceso información precisa vía Internet).

Sistema de Información Cartográfica (SIDICAR). El ciudadano puede consultar las obras públicas realizadas por la administración, así como los presupuestos asignados y ejercidos, la localización de la obra y sus fotografías, en una base de datos única. También puede consultar datos precisos sobre predios, como el estado de cuenta de impuesto predial, nombre de propietario, tipo de uso permitido, entre otros. A través de Internet puede solicitar la reparación de baches, fugas de agua, luminarias fundidas, etc. El ciudadano también puede configurar e imprimir su propio mapa.

Programa municipal de modernización informática. La red ha mejorado la atención y el servicio a la ciudadanía; se ha eliminado el cableado de los equipos para los populares "Miércoles ciudadanos" –ahora el equipo puede cambiar de lugar sin problemas–, por lo que se obtuvieron ahorros en la compra de cables y otros productos, como tarjetas y conectores. La red también permite la interconexión con otras dependencias del gobierno, la instalación de quioscos cibernéticos y módulos de consulta y la agilización del proceso de recaudación del impuesto predial.

Reforma y modernización del sistema integral de información sobre procuración de justicia. Facilita la toma de decisiones del alto mando, el control del trabajo interno, los trámites y la relación con la ciudadanía. También permite detectar y eliminar focos de corrupción, reducir los costos de la procuración de justicia, incrementar la recuperación de vehículos robados y prevenir delitos.

En la página del Gobierno Federal, podemos encontrar información mas generalizada de los estados y municipios, además de temas como:[21]

Negocios (banca electrónica, comercio exterior, CONDUSEF[22], economía, etc.)
Seguridad (Derechos humanos, Desastres naturales, Ley Federal de Transparencia, CISEN)
Transporte (planeación de viajes, sistema IAVE, transportación aérea, marítima, información general)
Migración (información de embajadas mexicanas en el mundo, derechos políticos, programas especiales, política exterior de México)
Medio ambiente (agricultura sustentable, consejos de recursos minerales, ecología y de desarrollo, denuncias y orientación ambiental, fideicomiso de fomento minero "FIFOMI", compañía Mexicana de exploraciones)
Salud (programas e instituciones de salud, deporte por la salud, nutrición, emergencias, atención médica, información general)
Turismo (aduanas, FONATUR, guía turística para mexicanos, hoteles, restaurantes y más, auxilio y asistencia para el turista)
Empleo (opciones en línea para encontrar trabajo, agrupaciones sindicales, derechos del trabajador, información sobre empleos, capacitación, beneficios y apoyo para el trabajador, empleo para personas con capacidades diferentes, obligaciones del empleador, información estatal, programas laborales, seguridad social, servicio profesional de carrera)
Familia (adultos mayores, documentos de identificación oficial, experiencia joven, directorio de la Secretaría de Desarrollo Social, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, PROFECO, sexualidad, sociedad civil, violencia intrafamiliar, para niños, mujeres)
Extranjeros (estudiar en México, gobierno de México, Política exterior, migración, haciendo negocios en México, ¿cómo adquirir la ciudadanía mexicana?)
Deporte (apoyos y becas deportivas, deporte para olímpico, salud deportiva, deporte profesional, deporte olímpico)
Democracia (Poder legislativo, ejecutivo y judicial, cultura política, partidos políticos y elecciones, conoce tus derechos)
Vivienda (ahorro en el hogar, servicio de agua, gas, electricidad, emergencias en el hogar, servicio telefónico, tramites, créditos para vivienda)
Cultura (festivales, estadísticas, escuelas, cursos, seminarios y talleres, apoyo cultural, acervo cultural, entretenimiento)
Campo (marco legal, tecnología en el campo, crédito y financiamiento para el

campo, orientación y asesoría para el campesino, fideicomisos, asesoría para el campesino)
Educación (en todos los niveles, centros de investigación, colegio nacional de educación)

Consideraciones Finales del Capítulo

Consideramos que nuestro país esta adoptando las medidas necesarias para proteger a los consumidores en materia de transacciones de comercio electrónico, estamos concientes de que somos un país imitador, no creador, por ello pareciera ser que otros países nos llevan ventaja sin embargo nuestro país figura en todas las estadísticas que predicen el mayor crecimiento del comercio electrónico en América Latina, nosotros junto con Brasil y Argentina somos los países en donde los ojos de los comerciantes están centrados a fin de obtener una parte del mercado potencial. Con esta predicción de crecimiento requerimos que nuestras leyes y reglamentos protejan los intereses de los consumidores a fin de lograr un sano comercio.

Consideramos que el punto mas débil del comercio electrónico es el transfronterizo, donde no existen leyes que castiguen las malas prácticas, solo hay organismos dedicados a la recomendación de reglas o puntos a seguir, pero no tienen el suficiente poder para ejercer acción penal en contra de aquellos que violen las leyes en algún país, y esto es entendible pues seria atentar contra la soberanía de los países, sin embargo y aunque existen leyes propias en cada país es sumamente complicado entablar una demanda a un comerciante en otro país por incumplir con lo prometido, consideramos necesaria la creación de un organismo que atienda tanto a pequeños como a grandes comerciantes y consumidores para la solución de conflictos, de no hacerse el desarrollo del comercio electrónico caerá en un letargo hasta en tanto no se garantice que los derechos de los consumidores están salvaguardados.

Al interior de nuestro país las reglas y leyes son claras y los organismos que las hacen valer tienen el suficiente poder para hacerlas válidas, solo será el tiempo quien dicte que nuevas adiciones o correcciones ten-

drán que hacerse a las leyes actuales, la tecnología avanza a pasos agigantados y es difícil prever a que nos enfrentaremos en el futuro, pensamos que el gobierno deberá de vigilar muy de cerca el avance tecnológico a fin de corregir o añadir nuevas leyes que en todo momento protejan la integridad de las personas, empresas y gobierno.

Capítulo 2. Protección de los consumidores en el comercio electrónico

Introducción

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, el comercio es una "Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías.[23] Consumidor es una "persona que compra productos de consumo". 1 En la era actual, con el uso exhaustivo de las redes mundiales como Internet, nace el concepto de Comercio Electrónico (cobrando un sentido más amplio que el del comercio tradicional): "De acuerdo a la Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE) es toda forma de transacción relacionada con actividades comerciales, basada en el procesamiento y transmisión de datos digitalizados (texto, sonido e imágenes)".[24]

El rápido crecimiento demográfico y geográfico en las ciudades ha ocasionado que las operaciones tradicionales de negocios, de carácter personal o profesional consuma más tiempo y recursos, por lo que la idea de transacciones en línea parecen cada vez más atractivas ya que permiten una amplia cobertura de las necesidades diarias a la vez que buscan garantizar una mejor calidad de vida a pesar del ritmo acelerado. Es aquí donde vemos la necesidad de analizar el papel de los consumidores en este nuevo tipo de comercio, cuales son las leyes que regulan la protección a los ciber-consumidores? ¿Cuáles son los logros de otros países en esta materia? ¿Cuál es la realidad en México al respecto? ¿Cuáles son las prácticas recomendadas para aprovechar las ventajas que como consumidores (y usuarios en general) nos ofrece el Comercio Electrónico?

Los Consumidores y el Comercio Electrónico

Electrónico o tradicional, los actos de comercio derivan responsabilidades y derechos a ambas partes (consumidores y vendedores) por lo cual es crítico asegurar la aplicación de los marcos legales de comercio existentes, o en su defecto crear nuevos, que protejan adecuadamente a ambas partes, siendo de especial interés en este documento el análisis de las leyes existentes y en desarrollo para proteger a los ciber-consumidores, así como visualizar los riesgos a los que se enfrentan en el ámbito electrónico y medidas recomendadas al realizar transacciones electrónicas. A pesar de la amplia gama de aplicaciones y ventajas que ofrecen las transacciones de Comercio Electrónico (también conocidas como transacciones en línea), la explotación de las mismas no ha experimentado el crecimiento que se esperaba. Estudios al respecto demuestran que las causas principales de este fenómeno de lento crecimiento del Comercio Electrónico en nuestro país se deben principalmente a la incertidumbre y el desconocimiento por parte de los consumidores acerca del funcionamiento de estas transacciones en línea.

Con el propósito de adecuar la base legal que garantiza los derechos de los consumidores en el ámbito electrónico, se reformó en México (en Marzo del año 2000) la Ley Federal de Protección al Consumidor en su Capítulo VIII Bis "DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN LAS TRANSACCIONES EFECTUADAS A TRAVÉS DEL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS, ÓPTICOS O DE CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA".[25] La PROFECO (Procuraduría Federal del Consumidor) como organismo de regulación en esta materia, da a conocer los detalles de esta reforma en su página web3. A través del mismo sitio la PROFECO difunde artículos con información detallada acerca de los riesgos a los que se enfrentan los consumidores en Internet así como medidas recomendadas para protegerse de los mismos. Otro organismo que cuenta con información valiosa es la CONDUSEF (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros) quien ha desarrollado una "Guía para compras seguras en Internet", en donde responde de manera sencilla y clara las dudas más comunes en torno a transacciones de compra por Internet: incluyendo subastas, manejo de seguridad, pagos con tarjeta de débito o

crédito, y otros más. El resumen de recomendaciones incluidas en esta guía de compras se mencionará más adelante en este mismo documento.

Riesgos para los Consumidores

El Comercio Electrónico al ser un medio relativamente nuevo, y en proceso de arranque en México, cuenta con ciertos riesgos que los consumidores deben conocer y para los que deben adoptar medidas de seguridad cuando realicen operaciones a través de Internet. Los principales se mencionan a continuación:

Publicidad Engañosa (Prácticas Comerciales Desleales)

De acuerdo con criterios generales de la Directiva Europea, una práctica comercial es desleal "cuando sea contraria a las exigencias de la diligencia profesional, y cuando implique una alteración sustancial del comportamiento de los consumidores."[26]

Medidas adoptadas por otros países

En febrero 12 de 2004, la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos inició junto con otras doce agencias protectoras de los derechos de los consumidores una mesa redonda de tres días en donde discutieron los temas relacionados con la publicidad engañosa y cómo hacerle frente. Este esfuerzo se centró en aquellas páginas que "son demasiado bellas para ser reales", aquellas que ofrecen un sin fin de oportunidades "únicas" y ponen el menor de los inconvenientes para lograr atraer la atención de los consumidores. En dicha mesa de trabajo los representantes de Australia comentaron que la(es una red) Internet y su carencia de barreras geográficas está siendo aprovechada por delincuentes que se aprovechan de los menos educados en este medio. El director de la Comisión Federal de Comercio (siglas) de los Estados Unidos comentó que el esfuerzo emprendido es parte de una iniciativa ordenada por la Red Internacional de Protección al Consumidor (ICPEN International Consumer Protection and Enforcement Network) comprendida por 31 países. Los resultados obtenidos serán turna-

dos a cada país y será responsabilidad de los gobiernos locales el tipo de proceder que juzguen conveniente.[27]

En China durante 1994 el Comité del Congreso de la República Popular china adoptó la Ley de la República Popular China concerniente a la protección de intereses y derechos de los consumidores. Esta ley establece las directrices que aplican para la venta de bienes y servicios y la cual es aplicable para todas las transacciones incluyendo las realizadas en Internet. Los artículos más destacados son:

> *Articulo 8*. Los consumidores tendrán el derecho de saber los detalles reales de los bienes o servicios que están adquiriendo.[28]
>
> *Articulo 10*. Los consumidores tendrán derecho al comercio justo.
>
> *Articulo 14*. Cuando compre un bien o adquiera un servicio, el consumidor tendrá derecho a que sus derechos humanos y tradiciones culturales sean respetados.
>
> Articulo 19. Los negocios deberán proveer al consumidor con información verdadera sobre el bien o servicio y no podrán usar publicidad engañosa.

La Unión Europea cuenta con el Libro Verde sobre la Protección de los consumidores el cual tiene como objetivo analizar las orientaciones en la protección a los consumidores y las opciones para mejorar la cooperación entre las diferentes organizaciones de cada país encargadas de la aplicación práctica de las leyes de protección al consumidor. Para determinar si una publicidad es engañosa o no, este libro toma en cuenta las características de los bienes, el precio, las condiciones de venta y los derechos del vendedor o anunciante. En caso de encontrar algún caso positivo de publicidad mal intencionada los Estados miembros (puede ser uno o varios) podrán llevar a un tribunal competente (de su misma jurisdicción) el caso de esta publicidad para proceder judicialmente o para ordenar el cese de dicha oferta.

En este mismo caso la Directiva 97/55/CE habla sobre la publicidad comparativa y dicta los lineamientos sobre los cuales los anunciantes deberán de ofrecer sus productos. Ordena entre otros que la publicidad no sea engañosa, que compare bienes o servicios equivalentes, que sea objetiva y que no desacredite marcas o negocios.[29]

Medidas existentes en México

La Policía Federal Preventiva (PFP) en conjunto con el grupo de Combate a Delitos Cibernéticos DC México hacen un llamado a usuarios que realizan transacciones de comercio electrónico, para que antes de hacer alguna compra, se constaten de que la empresa con la que estén tratando sea plenamente reconocida. Ya que ha habido compras realizadas a empresas "fantasmas", que aunque exista el número de cuenta, nunca se recibe el producto comprado. La PFP hace mención de la compra realizada por un ave exótica de un costo de 16 mil pesos que nunca llegó al comprador después de haber realizado el depósito por la exuberante cantidad.[30]

Con respecto a los fraudes cibernéticos, la PFP recibió 18 denuncias por presuntas operaciones realizadas a través de dos prestadores de servicios de ofertas virtuales, principalmente de aparatos electrónicos. Se pudo conocer que los defraudadores operan desde la ciudad de México, Morelia, Baja California y Sinaloa, quienes utilizan los servicios bancarios para sus transacciones. Las víctimas fueron ubicadas fundamentalmente en la Ciudad de México, La Paz, Baja California, Sinaloa, Veracruz, Jalisco, Colima y Oaxaca. El grupo DC de México ha tomado cartas en el asunto y procederá a averiguaciones previas para dar con el paradero de los autores de dicho ilícito.[31]

Recomendaciones Generales

Leer las políticas de privacidad y términos de uso en el sitio donde vaya a realizar la compra.

Poner atención en las cláusulas que mencionen las operaciones de envío, cancelaciones y devoluciones de los productos ofrecidos en el sitio.

Navegar a través del sitio, para conocer más acerca del proveedor.

De acuerdo a la Ley Federal de Protección al Consumidor deben proporcionar información detallada de las condiciones, pagos, precios, envíos, garantías y datos del proveedor para cualquier reclamación, verifique que el sitio cuente con estos datos.

Desconfiar de ofertas que reciba vía e-mail sin haberlo solicitado, especialmente si el sitio no cuenta con un dominio registrado (Ej. www.profeco.

gob.mx), si el sitio en vez de nombre solamente muestra la dirección IP (Ej. 100.50.13.1) puede tratarse de un sitio falso.

Obtener los datos del domicilio y teléfonos del proveedor, además de las referencias en caso de reclamaciones.

Hacer caso omiso de oportunidades de negocios e inversión prometiendo grandes ingresos y/o ganancias sin mucho trabajo o a un bajo costo; la mayoría son esquemas piramidales ilícitos.

Ignorar las "cadenas" transmitidas a varias personas ofreciendo una pequeña cantidad de dinero a cambio de mandarlas a más personas.

Ignorar esquemas y ofertas de trabajo en casa, en las que se prometen ingresos con el pago previo de una cantidad.

Hacer caso omiso de regalos, con el previo pago de una cantidad para ingresar a algún grupo.

Verificar que las formas de registro en línea sean seguras. Típicamente una página segura puede ser identificada por medio de la dirección (URL) de la página en donde esta llenando sus datos. Revise que la palabra HTTP sea sustituida por HTTPS o que aparezca un candado en la parte inferior derecha de su navegador.

Virus

Los virus "son programas cuyo objetivo es destruir o dañar archivos. Son transmitidos de computadora a computadora."[32], entre los daños que los virus pueden ocasionar se encuentran: la pérdida de archivos, alteración de funcionamiento de software en la computadora, baja velocidad de procesamiento, acceso a sitios no requeridos al momento de tener conexión a Internet, etc. Existen varios tipos de virus, a los cuales les han adoptado diversos nombres según las características o comportamiento de los mismos. Ya sea troyanos, Gusanos, Bomba lógica o cronológica, entre otros; tienen como finalidad dañar a quienes por descuido o ignorancia sean presa fácil para el atacante.

Medidas adoptadas por otros países

En Austria, de acuerdo con la Ley de Reforma del Código Penal del 22 de diciembre de 1987, se establecen dos delitos: la destrucción de datos y la esta-

fa informática. La primera en el artículo 126, se refiere a la regulación de datos personales, no personales y los programas. La estafa informática en su artículo 148 sanciona a aquellas personas que con dolo cause perjuicio patrimonial a un tercero influyendo en el resultado de una elaboración de datos automática a través de la confección de un programa, por a la introducción, cancelación o alteración de datos que actúan sobre el procesamiento de datos. Además de contemplar sanciones para quienes cometen este hecho utilizando su profesión.[33]

"La ley de Francia número 88-19 del 5 de enero de 1988, hace referencia al artículo 46-22, en el que sanciona tanto el acceso al sistema como al que se mantenga en él y aumenta la sanción correspondiente si de ese acceso resulte la modificación o supresión de los datos contenidos en el sistema o altera la funcionalidad del sistema. El artículo 462-3 sanciona a quien trate de sabotear información, a través del impedimento del funcionamiento de un sistema automático de tratamiento de datos. Con respecto a la destrucción de los datos, el artículo 462-4 sanciona a quien intente de manera intenciona introducir datos en un sistema de tratamiento automático de datos suprimiendo o modificando los datos que éste contenga".12

Medidas existentes en México

El 29 de septiembre del 2004, se realizó una conferencia denominada: Amenazas Combinadas y Virus Informáticos en el IPADE. El propósito de este evento fue difundir y orientar a los usuarios de nuestro país con respecto a los peligros, soluciones disponibles y centros de ayuda especializada, para el tratamiento de los programas maliciosos denominados virus.[34]

Recomendaciones Generales

Adquirir un software de antivirus de manera legítima (no utilizar una versión ilegal), ya que las versiones legales cuentan con soporte del proveedor, garantías y actualización automática del software.

Actualizar regularmente el archivo de definición de virus del Antivirus, para asegurar que está protegido contra las últimas amenazas.

Activar automáticamente el antivirus desde el inicio (arranque) de la computadora.

No abrir documentos anexados a mensajes que incluyan extensiones como '.vbs', '.exe', etc.

No abrir correos electrónicos provenientes de un recipiente desconocido o sospechoso.

Activar en el software antivirus el escaneo de todos sus archivos entrantes en los servicios de correo electrónico y Chat.

Robo de Identidad / Clonación

"El "robo" o "fraude de identidad" es un delito por medio del cual alguien obtiene y utiliza datos e información personal de un tercero de manera fraudulenta. Este peligro se incrementa en virtud de que cada vez es más la información personal que circula libremente en Internet. Se recomienda especial cuidado con la información bancaria y de cuentas de tarjetas de crédito, débito y departamentales, reforzando sus contraseñas, cambiándolas periódicamente, así como el monitoreo constante de las cuentas bancarias." [35]

De acuerdo con el sitio 'Comercio Electrónico Global' los ladrones de identidad se valen de diversos trucos para recabar datos personales[36], entre ellos se cuentan:

El robo de bolsos y carteras
El robo de correspondencia
La compra de información a personas conocidas
La revisión de basura desechada
La revisión de documentos en su oficina o casa particular.

Medidas adoptadas por otros países:

En Canadá el 13 de abril 2000 fue aprobada la ley C-6 que lleva por nombre Acto de Protección de Información Personal y Documentos Electrónicos, el cual comenzó su vigencia el 1 de enero del 2001. El Primer Ministro de Canadá dijo que esta nueva ley garantiza la protección a la privacidad, la cual

es parte fundamental para el desarrollo del comercio electrónico, lo cual coloca a Canadá a la vanguardia en la economía digital. Esta ley ayudará a crear la confianza necesaria en el comercio electrónico al asegurar la protección de los datos personales. Esta ley fue creada usando el código modelo para la protección de la información personal establecidos por la Asociación Canadiense de Estándares.[37]

En Canadá existe el Comité de Medidas al Consumidor (Consumer Measures Committee). De acuerdo a esta organización el monto por Robo de Identidad en Canadá durante el 2003 fue de $21,564,104 dólares canadienses repartido en 13359 quejas.[38]

Medidas existentes en México

"Compañías proveedoras de servicios y seguridad informática en México han registrado cientos de denuncias de personas que han recibido correos con propuestas para comprar el password de un tercero o para rescatar su información a la que ha tenido acceso alguien más. Este tipo de incidentes, aseguran especialistas en seguridad informática, además de ser una acción ilegal, ponen en riesgo la identidad de las personas de quienes buscan conocer los passwords, así como de ellas mismas al permitir el robo de identidad."[39]

El grupo de combate de Delitos Cibernéticos DC México, en coordinación con la Policía Federal Preventiva, han alertado a los negocios que realizan transacciones en Internet a través de tarjetas de crédito, débito, números robados o clonados; y coinciden en la necesidad de intensificar pláticas de orientación a los empresarios o dueños de comercios virtuales con respecto a las medidas de seguridad, además, de "constatar con las instituciones bancarias que los números utilizados correspondan a las tarjetas que no tienen reportes de robo o clonación".[40]

Recomendaciones Generales

Manejar con extrema precaución las tarjetas de crédito y débito cuando se encuentre en lugares públicos. Guardar los papeles con datos personales en un lugar seguro y bajo llave.

No proporcionar datos personales por servicios de chat, e-mail, teléfono o durante conversaciones en presencia de extraños.

Proteger, resguardar y mantener la confidencialidad de sus contraseñas y números de identificación personal (NIPs).

Seguir las prácticas recomendadas por las instituciones bancarias al acceder a cajeros automáticos, no aceptar ayuda de desconocidos y denunciando cualquier pérdida de documento o NIP inmediatamente.

Obtener números telefónicos y domicilios físicos de los proveedores en línea antes de proporcionarles la información personal.[41]

No proveer más información personal que la necesaria para completar alguna operación o registro, a menos que se sienta seguro con las políticas del sitio y la información sea transmitida a través de un vínculo seguro.[21]

Obtener números telefónicos y domicilios físicos de los proveedores en línea antes de proporcionarles la información personal. [21]

Contenidos perjudiciales

Se consideran contenidos perjudiciales a aquellos sitios que contengan información que dañen la integridad física, moral o psicológica de un individuo. Algunos ejemplos de contenidos perjudiciales son: la pornografía infantil y sitios con contenidos de carácter violento.

Medidas adoptadas por otros países:

En España, se ha aprobado un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales.[42] Inicialmente este plan, fue previsto para ser finalizado en el 2004, sin embargo ha sufrido algunas prórrogas, en las cuales se contempla la inversión de mayores cantidades de euros y mejoras en los planes e acción de los estados miembro. Sin embargo podemos mencionar "grosso modo" los planes de acción fundamentales de este plan, como a continuación se describe:

"Crear un entorno seguro por medio de una red de líneas directas (hotlines) y fomentando la auto-reglamentación y los códigos de conducta;"

"Desarrollar sistemas de filtrado y de clasificación haciendo más fácil la definición del contenido;"

"Fomentar acciones de sensibilización a todos los niveles para informar mejor a los padres y a todos los que se ocupan de los niños (profesores, trabajadores sociales, etc.) sobre la mejor manera de proteger a los menores contra la exposición a contenidos que podrían ser perjudiciales para su desarrollo y garantizar así su bienestar;"

"Acciones de apoyo que evalúen las implicaciones jurídicas, coordinándolas con iniciativas internacionales similares y evaluando el impacto de las medidas comunitarias".

En los Estados Unidos la compañía McAfee lanzó en 2001 una iniciativa con el fin de educar a los usuarios de Internet sobre los peligros que los niños enfrentan en el ciberespacio, esta iniciativa contó como plataforma principal con una página Web mcaffekids.com en donde tanto los papas como los maestros pueden encontrar información útil que les ayude a tomar este tema con sus hijos o alumnos. Así mismo ofrece a los estudiantes una guía general sobre qué hacer y qué no hacer al navegar en Internet o al chatear. En 1998 el FBI inició investigaciones en 700 casos de pedofilia, la mayoría de ellos relacionados con pornografía infantil incluyendo aquellas personas que mediante el Internet buscaban reclutar menores de edad para cometer sus ilícitos. De acuerdo a McAfee cerca del 30% de los niños en edades de 10 a 17 años han visto algún tipo de pornografía en Internet.[43]

Medidas existentes en México

El Grupo Interinstitucional de Combate a Delitos Cibernéticos, DC México, dio a conocer que en el período del 15 de enero al 11 de febrero del 2004 se detectaron 29 comunidades de pornografía infantil, todas soportadas en dos importantes portales de la Red; 15 de éstas fueron creadas en México, cinco en Latinoamérica, dos en Brasil, dos en Estados Unidos, dos en España y una en Holanda.[44]

"La Policía Federal Preventiva con información de Microsoft lograron tumbar 20 comunidades de pornografía infantil dedicadas a la distribución, venta, intercambio y difusión de imágenes, mismos que se alojaban en el portal de MSN".24

De acuerdo con información de la Policía Cibernética, que forma parte de la Policía Federal Preventiva, estos delitos se persiguen diariamente, ya sea a través de patrullaje por la red (realizadas por la institución), o por denuncias de otras dependencias.

Carlos Lang, presidente de Hauri Inc Latinoamérica, empresa de seguridad que colabora con la Policía Cibernética en México; en la toma de protesta del capitulo noreste de la Asociación Latinoamericana de Profesionales en Seguridad Informática expreso: "Existen paginas u organizaciones mexicanas de delito organizado donde se vende drogas, se ofrece la venta de órganos y hay casos de pedofilia. Esa es la gente que se ha perseguido y capturado en México". Lang mencionó que en México el marco legal se esta dando para que los delitos cibernéticos, los fraudes electrónicos, virus, hackers y negación de servicios, sean perseguidos. Así mismo, comento, que aunque pocos, ya hay abogados y jueces especializados en ciber-delitos, además de que también se esta capacitando a agentes del Ministerio Público para ayudar a resolver este tipo de delitos.

Recomendaciones Generales

Mantener la computadora en un sitio visible dentro de la casa, para facilitar la supervisión de menores y jóvenes. Informarse y adquirir alguno de los programas especializados de filtro y/o bloqueo de sitios Web de acuerdo a la clasificación de contenidos. (Ej. Norton Internet Security)

Explicar a los menores y jóvenes que el contenido de lo que ven en Internet puede ser manipulado por personas mal intencionadas. Pasar tiempo con los hijos mientras utilizan Internet y mostrar interés por las personas con las que se comunica.

Advertir a los niños y jóvenes que no deben confiar en cualquier persona que se encuentren en chats y/o canales de plática, ni proporcionar sus datos personales o citarse con extraños sin su autorización que pudiera poner en riesgo la seguridad de la familia.

Advertir a los niños y jóvenes que no deben llenar cuestionarios que se encuentren en Internet sin su permiso y supervisión. Enseñar a no aceptar dinero o favores de extraños. Enseñar a los niños a velar por su propia segu-

ridad. Advertirles que nunca revelen la contraseña de Internet a ninguna persona incluso si esa persona dice trabajar para un proveedor de servicio de Internet.

Limitar el tiempo que los niños y jóvenes usan para navegar en Internet. No proporcionar a los hijos los números de tarjetas de crédito que manejan.

Si detecta una página, sitio, comunidad o persona en chat que promueva, distribuya, produzca y/o venda pornografía infantil en Internet hay que denunciarla.

Spam

Internet ciertamente ha permitido rebasar fronteras y tener al alcance muchos tipos de información, sin embargo uno de los medios más utilizados como lo es el e-mail, frecuentemente es aprovechado por personas o empresas mal intencionadas que hacen envíos de correo masivos a personas que no lo han solicitado.[45] El spam "junto con los "correos electrónicos chatarra" se trata de correos electrónicos no solicitados y enviados de manera masiva." El spam ocasiona congestionamientos en los servidores de correo ocasionando una disminución en el espacio disponible para sus usuarios, causando una perdida en el nivel de calidad del servicio.

Medidas adoptadas por otros países:

En la Unión Europea, de acuerdo con el artículo 5 de la Directiva 97/66/CE, los estados miembros deben prohibir cualquier forma de interceptar o vigilar comunicaciones por parte de cualquier persona que no sea su remitente o su destinatario salvo que esté legalmente autorizada. La aplicación y ejecución de la Directiva 97/66/CE estipula que se debe respetar los principios de la protección de datos personales, sobre todo a lo que se refiere a las comunicaciones comerciales no solicitadas y a la responsabilidad de los intermediarios.[46]

Las empresas más importantes que ofrecen servicios de correo electrónico como lo son Microsoft y Yahoo!, han incluido filtros en sus sistemas que ayudan a sus usuarios evitar que reciban este tipo de correos (claro para que funcione el usuario debe tener debidamente activado este filtro en la configuración de su cuenta).

Medidas existentes en México

"A finales del 2003, la PROFECO colaboró activamente con países miembros del comité de políticas del consumidor (CCP) para la elaboración de un documento titulado: Background Paper on Spam en donde se hace un análisis del problema del spam y trata de esbozar las herramientas legales que posee cada una de las agencias con la finalidad de combatir esta práctica electrónica". Adicionalmente, en el mes de febrero del 2004 se celebró en Bélgica un Taller sobre el Spam que resultó de ser de gran utilidad para la procuraduría, ya que ayudó a clarificar todos los elementos que conforman la política pública del consumidor, así como para conocer la experiencia internacional en el tema.[47] Estas directrices, son publicadas en la página de la PROFECO (www.profeco.gob.mx).

Recomendaciones Generales

Activar el modo de filtrado de correo no deseado en las diferentes compañías que ofrecen servicios de correo electrónico: Hotmail (Microsoft), Yahoo!.

Hacer caso omiso a las peticiones de enviar un correo a todas las direcciones.

No abrir correos con título sospechoso, ya que algunos correos tienen programación maliciosa que se reenvía a toda su libreta de direcciones.

Al contratar algún servicio en línea, algunos proveedores le solicitan llenar sus preferencias, con el fin de enviarle promociones y noticias al respecto, esto permite a dicha empresa dar a conocer su dirección a socios comerciales que pueden saturar su correo con diversas promociones.

Evitar que su dirección de e-mail sea incluida en listas de distribución o directorio público (de correo).

Solicitar que su dirección de e-mail sea retirada de listas de distribución que no sean de su interés.

Denunciar a los "spammers"

Intrusos (Spyware / Hackers)

Intrusos son aquellos programas o personas que acceden una computadora de manera no autorizada. Entre ellos podemos mencionar al Spyware. El

spyware son "programas ejecutables que utilizan tu computadora y realizan conexiones automáticas a otros sitios, enviando tu información personal sin autorización y sin conocimiento de ello". Otros, son los hackers, quienes utilizan "técnicas para penetrar en forma no autorizada a una computadora o sistema de cómputo." Estos accesos no autorizados (intrusiones) pueden ser combatidos mediante el uso de "Contra Fuegos" (Firewalls). Un contra fuegos es "un sistema (programa o dispositivo) que conecta una red o computadora a Internet pero éste impide el acceso no autorizado desde Internet hacia su computadora."

Medidas adoptadas por otros países:

En los Estados Unidos existe la "Ley de Control de Spyware y Protección de la Privacidad del año 2000" Spyware Control and Privacy Protection Act of 2000. La cual fue aprobada por el Congreso el 22 de Septiembre del 2000 y detalla que cualquier software ya sea gratuito o con algún costo que posea la capacidad de recolectar información personal acerca del usuario de la computadora donde esta instalada y pueda transmitirla a un tercero deberá de indicar claramente en las instrucciones de instalación que ese programa tiene esa capacidad. Deberá además describir el nombre y dirección de la persona a quien serán enviados los datos y deberá de explicar de una manera clara y concisa la forma en que dicha capacidad puede ser deshabilitada.

También considera que el usuario deberá de dar su consentimiento para que el software proceda a efectuar la recolección de datos personales, es decir no podrá de ninguna manera activarse solo. Sin embargo hay ciertas excepciones a esta ley, entre ellas: Cuando el software sea usado para determinar si el usuario tiene los derechos legales para operar el software, Cuando por petición del usuario se solicita asistencia técnica para el uso de ese software y para monitorear el uso que los empleados en oficinas o empresas le dan a la computadora cuando exista un documento firmado por el empleado en donde da su consentimiento a esta practica.[48]

En Europa, en el año 2003 entró en vigor la Ley de Privacidad Digital de la Unión Europea la cual forza a las compañías virtuales a obtener el consentimiento del usuario antes de enviar correo o rastrear datos personales o incluso

localizar usuarios de teléfonos celulares por medio de triangulación de señales de radio frecuencia. El cómo se hagan valer las leyes se ha dejado al juicio de cada uno de los 15 países miembros de la comunidad, las multas varían de país en país pero en ningún caso se considera la prisión como método de presión.

Esta nueva ley ha creado un parte aguas, pues incluso limita a las compañías el uso de las "cookies" y otros archivos destinados a la obtención de información del cliente, estas compañías deberán de obtener el consentimiento del usuario antes de proceder con el envío de "cookies" o la recolección de datos particulares. La unión Europea solo dejó al alcance de la policía el uso de las radiofrecuencias para la localización de usuarios de telefonía celular.[49]

Medidas existentes en México

"Durante el 2004 el número de sitios Web en México y Centro América en contar con Certificado SSL de VeriSign ascendió a más de 560, informó Advantage Security Systems líder mundial en Certificados Digitales."[50]; esta iniciativa incrementa el número de sitios seguros en el país y evita que más personas sean víctimas de hackers, phishing o clonación ilícita de páginas, lo que propicia el incremento de la confianza de los usuarios en el comercio electrónico y transacciones bancarias.

Recomendaciones Generales

Adquirir un software "contrafuegos" o de detección de Intrusos.

Actualizar regularmente el software, para asegurar que esta protegido contra las ultimas amenazas

Activar automáticamente el contrafuegos desde el inicio (arranque) de la computadora.

Contar con tecnología de encriptación adecuada.

Portales Mexicanos que cumplen con la Ley de Protección al Consumidor del Comercio Electrónico

De a cuerdo con un estudio realizado por la PROFECO en la revista del consumidor del mes de junio del 2004, se evaluaron sitios con las siguientes características:

"*Identidad del vendedor.* El proveedor debe especificar claramente su domicilio físico, número telefónico y correo electrónico, a los que pueda acudir el consumidor para presentar reclamaciones o solicitar aclaraciones."
"*Información sobre la transacción.* El proveedor tiene la obligación de informarle los costos totales (precio del bien, gasto de envío e impuestos), así como condiciones de compra, entrega y devolución, reembolso o cancelación."
"*Seguridad del sitio :* el sitio debe ofrecer privacidad y seguridad adecuadas a la información personal y financiera del consumidor".

Estadísticas de Ciberdelitos en México

Según un articulo del periódico El Norte[51], de total de páginas Web con contenido delictivo encontradas en México por la PFP, el 43% se dedica a hacer ataques a sitios, 23% a ciber-terrorismo, 22% a la venta de drogas, específicamente marihuana; el 5% tiene contenido satánico, el 4% a inhibidores de toxinas y el 3% a la venta de armas.

En el 2004, el total de denuncias por fraude recibidas y atendidas por la PFP contra sitios de subastas fue de 416, de las cuales, el 59% de las víctimas fueron hombres y el 41% mujeres.

Los productos con los que mas se cometen fraudes son los teléfonos celulares con un 34%, notebooks y PDAs con 28%, videocámaras y cámaras fotográficas 16%; equipo informático con 13% y videojuegos con 8%.

Consideraciones Finales del Capítulo

Sabemos que el Comercio electrónico plantea muchas ventajas, de acuerdo con lo presentado en este documento, la autorregulación continua siendo una de las principales medidas de regulación en Internet en materia de protección a los usuarios. Cada país, incluyendo México, cuenta con ciertas leyes que protegen en mayor o menor media a los consumidores. La protección a los consumidores (y usuarios de Internet en general) es prioridad en las iniciativas legislativas de cada nación, sin embargo no todos los delitos cibernéticos pueden prevenirse de la misma manera.

El control de contenidos perjudiciales (pornografía infantil, publicidad engañosa) por ejemplo, es prevenido por recomendaciones y autorregulacio-

nes, sin embargo consideramos que el punto medular de todas estas radica en la educación que los padres y maestros puedan proporcionar a sus hijos, tal y como lo hicieron generaciones anteriores cuando no había Internet, no por eso dejaba de haber violencia, robos, violaciones, fraudes etc., nuestros padres nos enseñaron a cuidarnos de los delincuentes, nos recomendaron no llevar demasiado dinero, o muchas tarjetas, o caminar solos por la noche etc., todas esas recomendaciones no fueron el resultado de platicas de expertos en seguridad sino mas bien el uso del sentido común, la adaptación a los nuevos tiempos y la gran preocupación natural por conservar la seguridad. Pensamos que dada la velocidad con que la tecnología avanza es necesario activar los canales necesarios para que los padres y maestros conozcan los riesgos que conlleva el Internet y no sea una mala experiencia la que les de el conocimiento que requieren, y que a su vez transmitirían a otros.

Por otro lado, delitos como: el fraude, robo de identidad, virus, hackers, cuentan con efectos más "tangibles", en cuanto a que es medible el daño económico que ocasionan. Con el surgimiento del Internet no nació nada nuevo en cuestión de ilícitos, simplemente se halló en este sistema una nueva forma de cometerlos, se encontró un nuevo medio que por su incipiente nacimiento proporcionó el anonimato tan anhelado por los delincuentes. Es aquí que las regulaciones nacionales no son suficientes para prevenirlos ni corregirlos, por la naturaleza internacional de Internet (y obviamente el Comercio electrónico), es donde adquiere prioridad la creación de un organismo internacional que tenga autoridad suficiente para hacer valer los derechos en caso de algún conflicto. Actualmente organismos como la OCDE, las comisiones de la Comunidad Europea, la ICPEN y otras similares en América Latina, como la OAS, están limitadas a supervisar y recomendar prácticas y planes de acción, quedando impedidas de cualquier intervención directa ya que ello atentaría contra la soberanía de los países miembro.

Por último, al igual que cualquier otra legislación, las leyes de protección al consumidor deben ser difundidas y ampliamente revisadas conforme se atiendan los conflictos y se den seguimiento a las resoluciones. Nuestra tarea como consumidores y usuarios, es denunciar los delitos de los que seamos testigos o víctimas, para así contribuir a una mejor aplicación y defensa de nuestros derechos.

Capítulo 3. Firma electrónica

Introducción

Consideramos que la firma electrónica es fundamental para impulsar el desarrollo del comercio electrónico. En esta investigación deseamos aclarar las siguientes preguntas: ¿Qué es una Firma Digital?, ¿Cuál es la experiencia en otros países respecto a este tema?, ¿Qué pasos se han dado en México para la implementación de la firma electrónica?

Una firma es la forma en que un individuo liga su nombre mediante el uso de una marca escrita a un documento con la finalidad de respaldar dicha información y en sentido más amplio significa que el firmante ha dado su consentimiento y ha revisado el documento. El término Firma Electrónica es un término genérico que se refiere a las diferentes maneras en que una persona puede indicar una asociación a un documento electrónico. Las Firmas Digitales son una forma de firma electrónica y tienen las siguientes características: Son únicas para una sola persona, son capaces de ser verificadas, tienen la capacidad de indicar si un documento fue alterado después de que fue firmado. Una entidad certificadora es quien otorga la verificación de que una firma efectivamente pertenece a quien dice tenerla. Las Firmas Digitales son creadas usando un método de encriptación asimétrica, con el cual se crean dos llaves una Pública y la otra Privada, el método esta basado en funciones de algoritmos para generar estas dos llaves diferentes pero muy relacionadas entre si y las cuales son usadas para encriptar y desencriptar un mensaje.[52]

Iniciativas de Firma Electrónica aprobadas en el extranjero

Argentina

La legislación Argentina hace una distinción entre los términos "Firma Digital" y "Firma Electrónica", refiriéndose a su valor probatorio, la primera presupone que un documento firmado digitalmente proviene real-

mente del firmante (salvo se pruebe lo contrario) y que el documento no ha sido alterado, mientras que la Firma Electrónica, si no es conocida, debe ser verificada y validada por el receptor. Adicionalmente, en el caso de la Firma Digital, se requiere que una entidad certificadora emita el certificado digital que respalda la validez de la misma. En Argentina, a la Estructura Técnica y Legislativa en torno a la Firma Digital, se le llamada Infraestructura de Firma Digital (o PKI, por sus siglas en inglés, Public Key Infraestructure). "En nuestro país, se denomina 'Infraestructura de Firma Digital' al conjunto de leyes, normativa legal complementaria, obligaciones legales, hardware, software, bases de datos, redes, estándares tecnológicos y procedimientos de seguridad que permiten que distintas entidades (individuos u organizaciones) se identifiquen entre sí de manera segura al realizar transacciones en redes (por ejemplo, el Internet)."[53]

En Argentina se inició la creación del marco legal en materia de Firma Digital por medio de la Ley No.25.506 (B.O. 14/12/2001), el Decreto No.2628/02 (B.O. 20/12/2002) y otras normas complementarias.[54] Por medio del Decreto Nº 1028/03, se creó la Oficina Nacional de Tecnologías de Información (ONTI), teniendo como principales responsabilidades: asistir en la definición, implementación y control de utilización de la Firma Digital, interviniendo en la definición de reglamentos y normas, otorgamiento y revocación de licencias a entidades certificadoras y actuar como entidad certificadora para el Sector Público Nacional, definir normas y procedimientos acerca de la Ley 25.506. En el Decreto No. 160/2004 se asigna a los representantes de la Comisión Asesora para la Infraestructura de Firma Digital (creada por la Ley 25.506). Bajo esta Ley y Decretos, se legislan las actividades de las Entidades Certificadoras, quienes son autorizadas, auditadas y reguladas por la ONTI. Adicionalmente a esta Ley y Decretos existen también normas complementarias que definen las funciones específicas en los ámbitos del Sector Público, Aplicaciones y Tecnología. Además de la emisión de certificados, la ONTI brinda al público argentino: consultas sobre tecnología de firma digital, seminarios, cursos y anuncios acerca de novedades en este ámbito, con la finalidad de difundir ampliamente la tecnología de Firma Digital.[55]

Directiva del Parlamento Europeo 1999/93/CE, 13 de Dic. de 1999

Debido a la revolución tecnológica que marcaba a Europa desde 1997 con el Comercio Electrónico, el Consejo y el Parlamento Europeo en octubre de 1997 establecieron normas que dieran confiabilidad y seguridad a las transacciones y comunicaciones electrónicas; y en diciembre de 1997, se establecieron regulaciones referentes a la firma electrónica.

Así como en la vida cotidiana, en donde existen transacciones, se requiere que éstas sean validadas y respaldadas por organismos o entidades por medio de una firma; la Comunidad Europea vio en las transacciones electrónicas la necesidad de utilizar la firma electrónica y que ésta tuviera el mismo valor que el de una firma autógrafa. Debido a esta necesidad, se estableció la Directiva del Parlamento Europeo 1999/93/CE del 13 de diciembre de 1999, que tuvo por reto el fortalecer la confianza y aceptación de la firma digital, sobre todo, luchar contra las barreras de la divergencia de reglas que existían entre la Comunidad Europea con respecto al reconocimiento legal de las firmas electrónicas y la aceptación de los prestadores de servicios de certificación; por lo que tuvo como objetivo principal establecer reglas claras que fomentaran la confianza y aceptación de nuevas tecnologías y la aceptación de la firma electrónica en cada uno de los miembros del estado de la unión europea.

A manera de resumen, entre las principales características de la directiva 1999/93/CE se encuentran[56]:

La introducción de la firma electrónica a través de los mercados internos, es decir, en países miembros de la Comunidad Europea, de esta manera se garantiza la seguridad de la firma ya que forma parte de la comunidad que de alguna manera tiene el compromiso de cumplir con los requerimientos establecidos de la misma. Se estableció que la firma electrónica podría ser utilizada en una diversidad de circunstancias y aplicaciones, en una amplia variedad de productos y servicios ofrecidos en línea. Además de especificar la necesidad de utilizarlas en sectores públicos, de carácter administrativo y en la comunicación entre administraciones y ciudadanos a nivel económico, social, salud y judicial. Debido al mercado interno, los prestadores de servi-

cios de certificación son libres de ofrecer sus servicios sin contar con autorización previa de la Unión Europea, siempre y cuando ofrezcan buenos niveles de confiabilidad, seguridad y la calidad que demanda el mercado. El reconocimiento legal de las firmas electrónicas se basa en acuerdos voluntarios, de tal manera que desde el momento en que las partes aceptan voluntariamente tratados por medio de las firmas electrónicas, dichas firmas tiene validez legal y pueden ser presentadas como evidencia en procedimientos legales. Debido a que las firmas electrónicas avanzadas se generan a través de dispositivos de creación de firma segura, poseen un mayor nivel de seguridad; por lo que tienen la misma validez que una firma autógrafa desde el punto de vista legal, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos que requiere una firma de este tipo.

Canadá

El Acta de Protección de Información Personal y Documentos Electrónicos de Canadá, conocido por sus siglas en inglés, PIPEDA (Personal Information Protection and Electronic Documents) especifica los requerimientos de una firma electrónica segura.

Entre lo más relevante en esta acta encontramos: que para el gobierno canadiense, la validez de una firma digital se basa en la seguridad que la misma proporcione al momento de ser expedido un documento. Para que esta validez sea asegurada, la firma tiene que pasar por un proceso de algoritmos y certificación implementados por el mismo gobierno. El proceso de algoritmos está basado en la infraestructura PKI (Public Key Infraestructure) utilizando criptografía de llave pública y una función "hash" después de desencriptar las llaves (pública y privada, respectivamente), que es una función matemática que convierte los datos de un documento en un mensaje resumido único para los datos encriptados. En cuanto a la certificación, es el Presidente de la Agencia Recaudadora de Impuestos quien tiene la capacidad de expedir los certificados de las firmas electrónicas de una manera segura y confiable; una vez aprobada la certificación, se publican las certificaciones autorizadas en la página Web de la Agencia Recaudadora de Impuestos de este país.[57]

Como dato interesante, se menciona que "cuando un documento se firma en forma electrónica, se asume que dicho documento ha sido firmado por la persona que se identifica en el certificado digital, sin embargo, para evitar fraudes, la función "hash" resulta ser de mucha utilidad, ya que permite determinar si un documento fue cambiado después de haber sido electrónicamente firmado".[5]

Iniciativas de Firma Electrónica en México

El 29 de Mayo del 2000 entraron en vigor diversas reformas en torno a la legislación del Comercio Electrónico en México. A continuación mencionamos los que regularizan la legalidad y el uso de la Firma Electrónica. (ver el Anexo, mas adelante en este documento, donde se presentan las transcripciones de los artículos aquí mencionados)

Código Civil Federal

El artículo 1803 del Código Civil Federal, menciona que el consentimiento de la voluntad puede ser expreso, se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología;[58] El artículo 1834 bis (ver anexo) que fue agregado al Código Civil Federal, constituye claramente el fundamento en este Código para el uso y características de la Firma Digital o Firma Electrónica Avanzada, ya que expresamente menciona que el medio que sea utilizado para suponer un acuerdo, cualquiera que sea el medio, debe ser atribuible a ambas partes, asegurando su integridad y que pueda ser consultado en cualquier momento.

Código Federal de Procedimientos Civiles

Se adicionó el artículo 210-A, (ver anexo) en donde, al igual que en el Código Civil Federal, menciona que se reconoce como prueba cualquier información comunicada o generada, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, dándole validez a esta información si los métodos de creación, transmisión y almacenamiento son confiables, se asegure su integridad, sea posible atribuirla a las partes y pueda ser consultada posteriormente.

Código de Comercio

En el 2000 el Código de Comercio no presentó mayor reforma en referencia a la Firma Digital, tan solo menciona que en los actos de comercio pueden utilizarse medios electrónicos, ópticos y cualquier otra tecnología, y que la información creada, enviada, recibida y almacenada a través de medios electrónicos será considerada como Mensaje de Datos; y a su vez establece lo mismo que en los Códigos arriba mencionados: cuando la ley exija tener contratos firmados, se podrán aceptar en su lugar mensajes de datos siempre y cuando éste pueda ser atribuible a las partes, conservado de forma íntegra y accesible para consulta posterior; y dándole validez siempre y cuando sean confiables los métodos de creación, transmisión y almacenamiento (ver artículos 89, 93 y 1298-A en el anexo). Sin embargo, en el 2003, la Cámara de Diputados sometió a consideración del Pleno de la Cámara de Senadores el "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN MATERIA DE FIRMA ELECTRÓNICA"[59], este decreto aun se encuentra en espera de aprobación. A manera de resumen se presenta a continuación el contenido de los artículos del 89 al 114 dentro del Título Segundo (Del Comercio Electrónico) del Código de Comercio.

CAPÍTULO I. De los mensajes de datos (artículos del 89 al 95)[60]

Se incluyen la definición de los términos como: "Certificado", "Datos de Creación de Firma Electrónica", "Firma Electrónica Avanzada", "Prestador de Servicios de Certificación", "Sistema de Información", "Titular del Certificado", entre otros.

CAPÍTULO II. De las Firmas (artículos del 96 al 99)[61]

Las disposiciones en el Código no excluyen, privan o restringen de efecto jurídico a la creación de una firma electrónica. Se identifican las características para la Firma Electrónica Avanzada, las cuales son: los datos de creación de la firma son exclusivos del emisor y están bajo su absoluto

control al momento de crearla; que sea posible detectar alteraciones a la firma; que sea posible detectar alteraciones al mensaje. Define que es responsabilidad del firmante proteger la seguridad de su firma, debe cumplir con las obligaciones derivadas del uso de la misma y de su mal uso, excepto cuando el destinatario conozca la condición de inseguridad de la firma y no haya actuado debidamente.

Capítulo III. De los Prestadores de Servicios de Certificación (artículos del 100 al 113)[62]

Los Prestadores de Servicios de Certificación serán entidades aprobadas únicamente por la Secretaría de Economía (notarios públicos, corredores públicos, personas morales privadas e instituciones públicas). En este capítulo se mencionan las responsabilidades de los Prestadores: verificar la identidad de los usuarios a quienes emite certificados; verificar la integridad del mensaje de datos y la firma electrónica de quien lo verifica; llevar un registro de los firmantes y de los medios utilizados para comprobar la autenticidad de la firma electrónica avanzada, emitir el certificado y otras que sean compatibles a las anteriores. Se establecen los criterios para poder solicitar ser Prestador ante la Secretaría, y establece a la misma como certificadora en el caso de acreditación de Prestadores. Se mencionan las características que deben tener los certificados para ser válidos: ser identificado como tal, tener un código único de identificación, la identificación del Prestador que lo expidió, los datos referentes al titular del certificado y de la emisión. Y dejan de ser válidos cuando: expire su vigencia, sea extraviado o corrompido por el sistema de información, sea revocado por los Prestadores, cuando se compruebe que el certificado no cumplía con los requisitos de ley al momento de emitirse y cuando sea por resolución judicial. Cuando a un Prestador se le comprueba que no ha cumplido con sus responsabilidades, la Secretaría podrá suspender las actividades del Prestador temporal o definitivamente, dicha sanción será adicional a las que corresponda (civil o penal) según el delito. En este caso los certificados expedidos por el Prestador serán traspasados para su administración a otro Prestador que la Secretaría determine.

Capítulo IV. Reconocimiento de Certificados y Firmas Electrónicas extranjeros (artículo 114)[63]

Aquí se establecen las bases que reconocen y dan la misma validez a los certificados expedidos fuera de México como los emitidos en la República Mexicana, basándose en ciertos criterios: el lugar de emisión y utilización del certificado, y el lugar en donde se encuentre ubicado el Prestador de Servicios de Certificación o el firmante.

El 20 de Julio del 2004 entró en vigor el "reglamento del código de comercio en materia de prestadores de servicios de certificación", aprobado por el Presidente Vicente Fox Quesada el 14 de julio de 2004.[64] Este reglamento básicamente estipula lo mismo que el decreto que está por ser aprobado por la Cámara de Senadores mencionado anteriormente. En los artículos del reglamento, se detallan: los requisitos y trámites que deben cumplir aquellos que deseen ser acreditados como Prestadores de Servicios de Certificación; los pormenores del inicio de operación de los Prestadores; la emisión de los certificados; las auditorias a las que serán sometidos por parte de la Secretaria de Economía; y por último las sanciones e infracciones que les pueden ser aplicables.

Código Fiscal de la Federación

Capítulo II. De los medios electrónicos (artículos del 17-D al 17-J)[65]

En estos artículos se establece que cuando la institución Fiscal obligue a presentar documentos de manera electrónica, éstos deberán llevar la firma electrónica del autor. Para que los documentos digitalizados puedan tener validez, es importante que lleven un certificado vigente el cual sustituirá a la firma autógrafa del firmante, garantizando la integridad del documento y tendrá el mismo valor probatorio que la firma autógrafa. Se define como documento digital todo mensaje de datos que contenga información creada, transmitida y almacenada de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas podrán ser tramitados por los contribuyentes ante el Servicio de Administración Tributaria (SAT) o cualquier prestador de servicios de certificación autorizado por el Banco de México. Los certificados tendrán una vigencia máxima de 2 años. En estos artículos se explica a detalle los procedimientos para requerir la Firma Electrónica Avanzada, los certificados y la reexpedición de los mismos. La validez de los certificados se mide en términos de las características expuestas en el Decreto de reforma al Código de Comercio (Capítulo III - De los Prestadores de Servicios de Certificación, mencionado arriba). Los certificados quedarán sin efectos fiscales cuando: así lo solicite el firmante; sea por orden judicial; por fallecimiento del titular; disolución de la persona moral; termine el plazo de vigencia del certificado; por extravío o corrupción por medio de medio electrónico; se compruebe que el certificado no cumplía con la ley al momento de ser expedido; cuando se ponga en riesgo la confidencialidad de los datos de creación de la firma. En los artículos se listan las obligaciones y responsabilidades del titular del la firma y el certificado.

La utilización de la Firma Electrónica Avanzada permite en la actualidad revolucionar operaciones tan comunes como lo es la Facturación. La Factura Electrónica o Comprobante Fiscal Digital (CFD) mantiene las mismas características y propósito que la factura actual, con la diferencia de que viaja electrónicamente con elementos de seguridad. El fundamento legal de los Comprobantes Fiscales Digitales se encuentra en los artículos 29 y 29-A del mismo código.[66]
El funcionamiento de las Facturas Electrónicas, se describe como sigue: "La factura electrónica es un esquema de facturación que utiliza tecnología digital para generar y resguardar este tipo comprobantes fiscales digitales. Cada factura que se emite cuenta con un sello digital que permite corroborar el origen e integridad de la factura y le da validez ante las autoridades fiscales, una cadena original que es un resumen de la factura, así como un folio que indica el número de la transacción.

Las facturas electrónicas pueden ser enviadas y guardadas utilizando medios electrónicos. También pueden imprimirse en caso de que el solicitante así lo requiera, y tienen la misma validez que las facturas tradicionales.

Los contribuyentes que opten por emitir facturas electrónicas, deberán enviar un reporte mensual al SAT que contenga la información de todos los

folios que emitieron a sus clientes en el mes anterior. A su vez, los clientes podrán verificar la validez del comprobante recibido, ingresando a este portal en la sección de Validación de Certificados Digitales." [67]

En la página electrónica del SAT se pueden encontrar las instrucciones detalladas de la solicitud y operación de la Factura Electrónica (conocida como "tu firma"). El proceso de operación básico cuenta con las siguientes características:[68]

Autenticidad : certeza de que el mensaje sólo proviene del emisor
Integridad : el contenido no puede ser alterado
No repudiación : innegable autoría y recepción del mensaje
Confidencialidad : sólo el emisor y el receptor pueden leer el mensaje

Consideraciones Finales del Capítulo

Pensamos que a pesar de los grandes cambios que se han venido desarrollando en el aspecto tecnológico, y más específicamente en el área de redes de comunicaciones como el Internet, aun hay incertidumbre a nivel mundial con respecto a la seguridad del comercio electrónico y las transacciones que lleva consigo en cada una de sus operaciones. Consideramos que esto trae como consecuencia el freno al comercio en línea; sin embargo, la creación de los certificados y las firmas digitales han dado luz a la solución de esta incertidumbre, su difusión y aceptación en nuestro país ha estado creciendo en los últimos meses, de manera tal que poco a poco las personas y organismos que participan en transacciones en línea comienzan a explorar esta nueva alternativa de seguridad. Sin embargo creemos, que aun falta que estas nuevas alternativas se permeen a todas las esferas de la sociedad cibernética para que puedan ser utilizadas por el mayor número de personas posible y su beneficio se extienda tanto a consumidores como a oferentes.

Consideramos también, que sería de mayor utilidad estandarizar a nivel mundial todos los acuerdos y reglamentos establecidos de forma regional en materia de firmas digitales y entidades certificadoras, siguiendo como ejemplo la presentada para la Unión Europea, que al vencer barreras y unificar

leyes, pudo transmitir la confianza necesaria para que la Comunidad Europea reconociera la aceptación de certificados y firmas digitales como medios seguros de protección de la información e identidad presentada en un documento electrónico.

Al igual que en el mundo real, en donde estamos expuestos a ataques fraudulentos, aunados a estados de incertidumbre, ignorancia o ingenuidad, que representan un peligro latente a la seguridad del manejo de documentos importantes; los delitos cibernéticos representan el mismo peligro en el mundo digital. Por ser el resultado de una programación informática, las firmas electrónicas, al igual que cualquier otro conjunto de datos digital, son susceptibles de ser falsificadas y los certificados "crackeados" por expertos delincuentes cibernéticos. La gran diferencia, en ambos mundos, radica en contar con las medidas legales, las soluciones tecnológicas, y el conocimiento de ambas, que nos protejan y respalden en caso de sufrir un ataque de este tipo. Resulta mejor involucrarnos y presenciar el desarrollo de un futuro venidero con una mentalidad positiva, a estar en espera de un futuro tecnológico temerosos de confiar en las innovaciones tecnológicas.

Capítulo 4. Contenido de portales en Internet

Introducción

El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresa que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, a impartir y recibir información y opiniones y de difundirlas sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión."[69]

Internet es un medio destinado al intercambio, tanto público como privado, de opiniones e información. Sería ideal que todas las personas tengan la posibilidad de expresar sus opiniones e ideas y de compartir información libremente a través de Internet. Por otra parte, deberían existir mecanismos al alcance de todas las personas que les permitan oponer-

se a la publicación de contenidos que inciten al odio y la violencia, así como a aquellos contenidos que sean perjudiciales para mujeres, niños y otros grupos vulnerables; y en casos extremos, prohibirla.

Las tecnologías del siglo XX han sido bautizadas como "revolucionarias", el radio, la televisión, el teléfono, las computadoras, los celulares, los satélites e Internet, pero de todos ellos quien ha experimentado el crecimiento más acelerado ha sido el Internet. Le tomó a 38 años al teléfono para alcanzar el 30% de la población mundial, a la televisión le tomó 17 años, a las computadoras les tomó 13 años y al Internet solo 7 años.[70]

Tanto los individuos como las familias están usando el Internet para actividades sociales, comerciales, civiles y de entretenimiento, siendo la principal actividad el correo electrónico con un nivel de 700 mil millones de correos en 1998.[1]

El Internet es un medio de comunicación descentralizado, en el cual el usuario tiene un control que no logra tener con ningún otro medio masivo, no hay vigilantes y cada usuario puede convertirse en un anunciante.

El Internet tiene ciertas características especiales que hacen que su regulación sea un verdadero reto, además, permite que cualquier persona publique información y que la misma esté disponible para cualquiera con acceso, en cualquier parte del mundo, esto es posible básicamente por dos variables importantes: el acceso tan sencillo y el costo tan bajo de publicar información.

Nosotros creemos que el Internet es una herramienta muy poderosa de comunicación, tiene un alcance inimaginable y es sumamente barato, sin embargo estas mismas ventajas se convierten en desventajas al tratar de ponerle un orden; el parcial anonimato y el hecho que es un medio global pone barreras que lo hacen difícil de controlar. En esta investigación analizaremos información con la finalidad de responder las siguientes preguntas: ¿Quién regula las decisiones de los individuos sobre que información publicar?, ¿qué material se considera inapropiado para los niños y cómo controlar su acceso?, ¿a qué edad se considera que un niño puede tomar sus propias decisiones?, ¿qué información es inapropiada para la comunidad?, ¿quién debería regular el Internet?, ¿quién asume la responsabilidad de la publicación de un sitio con contenido ilícito, la empresa proveedora del hospedaje o el cliente?

Regulación de Contenidos en Internet

La regulación de los contenidos en Internet implica que los gobiernos o las autoridades responsables de la materia impongan censuras basados en los temas que desean prohibir o bloqueen el acceso a los sitios donde se muestre información que se considere prohibida.

Desde el punto de vista comercial, las barreras o limitaciones a la información que se encuentra en Internet supone un ataque directo a la libertad de comercialización. En la reunión sostenida el 18 de noviembre del 2002 la Cámara Internacional de Comercio publicó algunas recomendaciones directas para los gobiernos o autoridades responsables de la regulación de contenidos sobre los pasos a seguir para minimizar los contenidos perjudiciales sin alterar el libre flujo de información, entre ellos encontramos:[71]

Permitir la autorregulación como alternativa a la legislación

En la actualidad existe toda una gama de software basado en Internet el cual controla el acceso a páginas no deseadas o con contenido perjudicial, dichos programas se basan en filtros establecidos por palabras que se pueden encontrar en los sitios a los cuales no se desea acceder, también existen las etiquetas, las cuales son suministradas por la ICRA (Internet Content Rating Association) quienes se encargan de evaluar los sitios y darles una categoría, sin embargo consideramos que esta tarea suena un tanto fuera de proporción si suponemos que cada usuario es un potencial anunciante, implicaría verificar cerca de 800 millones de páginas Web.[72] Aunque la tarea se esta haciendo y esto ha permitido una forma alterna para regular el acceso, y no propiamente el contenido a las páginas Web. Este método sugiere asegurar que los padres puedan restringir el acceso de sus hijos pero mantiene la libertad de expresión de los adultos. Aunado a esto se sugieren programas de educación dirigidos a los padres de familia y profesores para informarles acerca de la existencia de estos métodos de control.

Si ha de existir una legislación tendrá que ser dedicada a abusos

Cuando la regulación por medio de una legislación se vuelva inevitable, ésta deberá de centrarse en el problema específico y considerará la tecnología existente para su aplicación. Siendo que la plataforma del Internet es global y que hoy en día juega un papel muy importante en la integración mundial, la libertad de expresión y del libre tránsito del comercio no debe de ponerse en riesgo por una legislación demasiado estricta.

Cuando se cree una ley, ésta tendrá que ser clara y bien delimitada

Al desarrollar una nueva ley que regule los contenidos de Internet se deberá de tomar en cuenta el costo que implicará la ley en términos del desarrollo del comercio electrónico tanto al interior del país que la formula como al exterior de la frontera. También se deberán de describir de manera muy clara lo que se considera un ilícito en términos de esta ley.

La legislación no añadirá costos

Si una ley tiene que ser implementada no deberá de acarrear costos al comercio, de hacerlo pondría en peligro la competencia.

Las leyes deben de limitar la responsabilidad de los proveedores de Internet

Los proveedores de acceso son simplemente entes que proporcionan el medio para que el usuario se conecte a la red y no debieran de ser considerados para la tarea de regulación pues su tarea no es esa.

Tenemos claro que lo que es ilegal fuera de Internet lo es también dentro de Internet. Pensamos que de todos los ilícitos que se pueden promover en la red como hackers, racismo, odio por razones religiosas o políticas o terrorismo, y la que más preocupación provoca en los padres de familia y los maestros: la pornografía. Un estudio elaborado en 1999 por la compañía Jupiter Communications indica que de los sitios con contenido

en línea disponible para ser comprado (incluyendo los de pornografía) estos últimos obtuvieron el 40% de los ingresos totales de este tipo de sitios.3 Consideramos que los dos elementos principales para que este tipo de niveles en ventas sucedan son: el anonimato y la facilidad con que esta información está disponible. En Canadá, la compañía de televisión por satélite Rogers, vende una película infantil de pago por evento en $3.99 cad mientras que una pornográfica en $7.95 cad, el 25% de los ingresos de la compañía en los canales de pago por evento provienen de los canales pornográficos[73].

Respecto a la regulación de este tema y en especial la pornografía infantil, España ha hecho avances considerables, la Directiva de Comercio Electrónico ha establecido unas bases de actuación penal, las cuales intentan evitar problemas como los suscitados con la Ley Teledienstgestz en Alemania, la cual señala a los proveedores de acceso a Internet como los responsables de verificar el contenido de las páginas que hospedan o los servidores a los que dan acceso, sin considerar que el proveedor no tiene la capacidad tecnológica para cerrar estos accesos; en 1998 el Tribunal Superior de Munich condenó a dos años de prisión a un proveedor de servicios de grupos de noticias por haber permitido que uno de sus usuarios difundiera noticias de pedofilia a través de su servicio.[74] Tomando como ejemplo este caso, la Directiva de Comercio Electrónico de España exime a los proveedores de acceso a Internet de la responsabilidad de verificar los contenidos de las páginas que albergan o la información que fluye a través de sus equipos.[75]

El Código Penal Español fue sujeto de una reforma a fin de adecuar a los tiempos del Internet, en esta reforma se establece en el *"articulo 189 1B impone pena de 1 a 3 años de prisión por la utilización de un menor o incapaz con la finalidad producción, venta, distribución, exhibición o facilitación, en lo relativo a material pornográfico, aunque éste tuviera origen en el extranjero o fuese desconocido"*[76] Sin embargo no prevé ningún tipo de pena para quien posee algún tipo de material para uso personal aun y cuando este material incluya el uso de algún menor o incapaz en el mismo.

Al hablar sobre el tema de regulación inevitablemente surgen dos actores: el gobierno por un lado con su pretensión por regular con leyes y reglamentos los contenidos y la iniciativa privada por el otro con su preocupación

por los contenidos pero a favor de una autorregulación que garantice la seguridad de los grupos vulnerables pero que ofrezca una continuidad al flujo de información, el miedo que expresan los comerciantes en línea no es la falta de regulación sino el exceso, que pueda provocar un cuello de botella al desarrollo de la actividad comercial. En este aspecto el Consejo Superior Audiovisual junto con la UNESCO puso a consideración de la Unión Europea en mayo del 2000[77] una iniciativa a la que denominó "corregulación" en donde la idea principal es que Gobierno e Industria lejos de considerarse enemigos por sus diferentes puntos de vista sobre la regulación de los contenidos de Internet, trabajen juntos en la vigilancia y detección de contenidos ilícitos, de esta manera no se interrumpe ni se pone en riesgo el crecimiento del Internet al mismo tiempo que se de designan a los responsables de la vigilancia y aplicación de sanciones a quienes incurran en contenidos ilícitos.

Pero cuando se habla de censura inevitablemente se toca el delicado tema de la libertad de expresión, en este sentido la administración de Clinton en 1996 y en 2000 intentó establecer la censura de Internet por la vía legislativa, en ambas ocasiones fracasó. En este sentido cabe resaltar la capacidad de reacción de la comunidad ínter nauta a cualquier intento de coartar la libertad de expresión.

En los Estados Unidos el Congresista y Senador James Exon introdujo el CDA (Communications Decency Act) la cual se convirtió en ley el 1 de febrero de 1996 llevando al Internet de ser uno de los medios más abiertos en términos de comunicación, a uno de los más estrictamente regulados.[78]

Esencialmente esta ley prohíbe a las personas mostrar material indecente u obsceno en la red con la intención de causar molestia a un tercero o con premeditación permitir el acceso de niños a estas páginas. Una semana después, el 8 de febrero de 1996 el Presidente Clinton firmó el documento convirtiéndolo en ley. Como medida de protesta, aquellos en contra de esta ley pusieron un fondo negro en sus sitios, es por esto que el día en que fue firmada la ley es conocido en el Internet como el Jueves Negro, fue tanta la presión social que los grupos inconformes lograron una orden de amparo en tanto se escuchaban los argumentos de ambas partes en conflicto.

El principal argumento de quienes se opusieron a esta ley es que va en contra del primer artículo de la Constitución de los Estados Unidos de

Norteamérica, donde se garantiza la libertad de expresión, así mismo argumentan que el hecho de proteger a una pequeña parte de la población no implica pasar por encima de los derechos de los adultos quienes tienen la completa libertad de decidir qué tipo de información consultan en la red. A manera de analogía comentan que de aprobarse esta ley sería como clasificar al Internet como un sitio A, es decir apto para toda la familia, tratando de emular las clasificaciones cinematográficas. Otro argumento que apoya la anulación de esta ley es aquel que menciona que son los padres y maestros quienes deben de poner más atención a las actividades de sus hijos y alumnos, se dice que los padres pasan cada vez menos tiempo con sus hijos dejándolos en completa libertad y sin supervisión, lo que provoca que acceden a material impropio para sus edades; un argumento aun más pesado es aquel que dice que si el Gobierno piensa monitorear el Internet, debería entonces monitorear cualquier otro método de comunicación, incluidas las llamadas telefónicas, el correo, etc., para garantizar que los niños no oigan o no reciban material impropio, y aunque una gran cantidad de personas se oponen a esta ley, son ellos mismos los que consideran sano que se haga una adición en donde se exija que los sitios con material indecente usen métodos para verificar las edades de los usuarios, siendo el más recomendado la tarjeta de crédito.

Quienes estuvieron a favor de esta ley sustentaron sus opiniones en que los padres y maestros no pueden estar dedicados 100% del tiempo a los niños y tratándose de tecnología es común encontrar que un niño es mucho más inteligente que los padres cuando de contraseñas y nuevos programas se habla. Los promovedores de esta ley también dicen que si es ilegal vender una revista con material indecente a los niños e incluso es requisito en algunos casos verificar la edad por medio de una identificación, el Internet debería de seguir el mismo procedimiento, los dueños de las paginas Web deberían ser los responsables de verificar las edades de sus usuarios tal y como sucede en las tiendas de la vida real.

Finalmente el 26 de Junio de 1997 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica votó 7 a 2 en contra de la CDA, argumentando que viola el primer mandato de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica[79]

Medidas para proteger a los usuarios de contenidos ilícitos

Algunos de los mecanismos disponibles tanto para usuarios como para Proveedores de Servicios de Internet para el filtrado de contenidos perjudiciales son:[80]

Etiquetas de Sitios

Se refiere a la clasificación por parte de compañías o individuos independientes de los sitios Web, en este caso se asigna una etiqueta dependiendo del contenido que muestre el portal, esta clasificación es guardada como parte de la pagina en cuestión o dentro de una base de datos en forma independiente, el software de navegación tiene la capacidad de identificar estas etiquetas y restringir el acceso en caso que así se haya estipulado

Listas Negras y Blancas

Usualmente esta actividad requiere de un gran grupo de personas dedicados a buscar y clasificar en sitios blancos o negros a las paginas web, en este caso un sitio blanco será aquel que es inofensivo y no muestra contenidos ilícitos, estas listas están disponibles para el publico en general.

Análisis Automático de Texto

Mediante esta tecnología el software busca en la pagina solicitada palabras relevantes que indiquen que el sitio esta mostrando contenido ilícito o perjudicial para los niños

Autorización

Este método se basa principalmente en el uso de tarjetas de crédito como forma de garantizar que la persona es mayor de edad y puede y desea accesar una determinada pagina Web con contenido perjudicial

Este método aunque no garantiza la restricción del acceso si puede dar a los padres la herramienta necesaria para verificar las paginas que sus hijos visitan.

Con ayuda de la tecnología encontramos los navegadores especiales para niños, los cuales ofrecen un ambiente mas limpio para navegar, pues están destinados solo a funcionar en paginas autorizadas y preestablecidas por los padres, se limita en gran medida la publicidad y se enfoca principalmente en despertar sus sentidos mediante imágenes, sonidos y video con contenido cultural o de entretenimiento sin violencia.

Otro método para proteger a los usuarios del contenido perjudicial es el que se centra en los servidores de la página que se desea visitar, esta puede ser configurada para que solo los usuarios autorizados la pueda accesar, esto se logra mediante la encriptación de la información y solamente quien tenga permiso de accesarla podrá desencriptarla.

Regulación de los Contenidos en México

El Grupo Interinstitucional de Combate a Delitos Cibernéticos, DC México, dio a conocer que en el período del 15 de enero al 11 de febrero del 2004 se detectaron 29 comunidades de pornografía infantil, todas soportadas en dos importantes portales de la Red; 15 de éstas fueron creadas en México, cinco en Latinoamérica, dos en Brasil, dos en Estados Unidos, dos en España y una en Holanda.[81]

"La Policía Federal Preventiva con información de Microsoft lograron tumbar 20 comunidades de pornografía infantil dedicadas a la distribución, venta, intercambio y difusión de imágenes, mismos que se alojaban en el portal de MSN".[24]

De acuerdo con información de la Policía Cibernética, que forma parte de la Policía Federal Preventiva, estos delitos se persiguen diariamente, ya sea a través de patrullaje por la red (realizadas por la institución), o por denuncias de otras dependencias.

Carlos Lang, presidente de Hauri Inc Latinoamérica, empresa de seguridad que colabora con la Policía Cibernética en México; en la toma de pro-

testa del capítulo noreste de la Asociación Latinoamericana de Profesionales en Seguridad Informática expreso: "Existen paginas u organizaciones mexicanas de delito organizado donde se vende drogas, se ofrece la venta de órganos y hay casos de pedofilia. Esa es la gente que se ha perseguido y capturado en México". Lang mencionó que en México el marco legal se esta dando para que los delitos cibernéticos, los fraudes electrónicos, virus, hackers y negación de servicios, sean perseguidos. Así mismo, comento, que aunque pocos, ya hay abogados y jueces especializados en ciber-delitos, además de que también se esta capacitando a agentes del Ministerio Publico para ayudar a resolver este tipo de delitos.

La Policía Cibernética ha participado en diversos casos, entre ellos el de monitoreo de robo de gasolina en PEMEX; operativos contra antenas pirata y robo de señal de cable; operativos de combate a la piratería musical y de software; operativos de combate de clonación de celulares y secuestros, donde la Policía Cibernética interviene al utilizar el correo electrónico o teléfonos celulares como medios de comunicación.

Consideraciones Finales del Capítulo

Consideramos que la restricción a la publicación de ciertos contenidos, atentaría ciertamente contra la libertad de expresión, sin embargo también se debe tomar en cuenta que es igual de importante el respeto a las demás personas, no por que alguien exprese su opinión tiene el derecho de ofender a alguien más. Cualquier esfuerzo que se haga por clasificar y controlar el acceso a los contenidos perjudiciales es bienvenido, aunque constituye una labor de gran esfuerzo ya que es demasiada la cantidad de información que circula por el Internet.

Creemos que la tarea que realiza la Policía Cibernética en México en torno a la vigilancia de contenidos de portales, la persecución y sanción de sitios con contenido perjudicial es un buen inicio, sin embargo su éxito depende de que todos hagamos nuestra parte y denunciemos los sitios con contenido perjudicial que encontremos al estar navegando en Internet. Hace falta más publicidad y comunicación acerca de los métodos de denuncia de estos sitios y los contactos con la Policía Cibernética o la PROFECO.

En cuanto a la responsabilidad por parte de las empresas que se encargan del Hospedaje o ("Hosting") de sitios Web, consideramos que debe haber una sanción (por ejemplo económica) por parte de las autoridades, de tal manera que obligue a dichas empresas a supervisar de cerca el contenido de las páginas que hospedan, implementando algún tipo de auditoria de contenidos (técnicas de monitoreo o auditoria); además de sancionar a la entidad que diseñó el contenido en la página. Algunas de las medidas que los organismos regulatorios debieran accionar serían: la clausura del sitio con contenido ilícito y sancionar a la empresa de hospedaje que no tome medidas al respecto.

Hemos visto que la protección de contenido de portales está ligada a la autorregulación (ya que sigue sin existir una entidad internacional reguladora de Internet, y difícilmente la habrá en el futuro cercano), para el manejo y control de contenidos, además de apoyarnos en la adquisición de programas de filtrado, nos ayudaría mucho el enfatizar la importancia de la educación familiar y escolar que se le dé a las personas, principalmente a los niños y a los jóvenes. Esto fomenta y da base para una autorregulación personal.

Capítulo 5. Regimen jurídico del spam

Introducción

Ciertamente Internet ha permitido rebasar fronteras y tener al alcance de la mano muchos tipos de información, sin embargo uno de los medios más utilizados como lo es el e-mail, frecuentemente es aprovechado por personas o empresas mal intencionadas que hacen envíos de correo masivos a personas que no lo han solicitado.[82] El objetivo de este envío de correos es principalmente el difundir publicidad de sus productos y/o servicios, que por derivarse de medios de comunicación en línea y de forma masiva, tienen un bajo costo, lo que resulta para estas organizaciones e individuos ser el medio más atractivo para hacer y difundir negocios. El spam ocasiona congestionamientos en los servidores de correo ocasionando una disminución en el espacio disponible para sus usuarios, causando una pérdida en el nivel de calidad del servicio.

En este documento incluiremos una breve descripción de los orígenes de esta práctica, además del análisis de diversas leyes y regulaciones que están siendo creadas por distintos países en un intento por proteger a sus usuarios y los resultados que se están obteniendo.

Los Orígenes

La palabra "spam" surgió de la contracción del nombre de los productos de comida enlatada llamada "Shoulder Pork and hAM"/"SPiced hAM" (SPAM) y que era enviada de manera masiva e indiscriminada a las tropas estadounidenses en la Segunda Guerra Mundial. De ahí se deriva el concepto del SPAM para referirse a: "la práctica de enviar correo indiscriminadamente a través de la red de Internet sin importar el receptor final del correo y como una forma masiva de publicitar productos o servicios." [83]

Hace aproximadamente 11 años tuvo su origen lo que hoy conocemos como SPAM o envío de correo no solicitado, curiosamente no fue ningún hacker sino una pareja de abogados en el estado de Nueva York que buscaban promocionar su despacho a un mayor número de clientes con el menor costo posible, ellos no tenían listas de usuarios de correos electrónicos, sino que usaron las direcciones de sus clientes de manera que ellos mismos lo reenviaran a sus conocidos, esto dio origen al mercadeo directo y al SPAM.[84]

Conceptos

SPAM

Según definiciones de la NACPEC, el Spam es "el correo comercial no solicitado generalmente enviado a las direcciones electrónicas de los consumidores sin la autorización y consentimiento del consumidor, comúnmente es enviado por empresas de mercadeo o telemercadeo, compañías legítimas o por individuos comisionados exclusivamente para dicho fin"[85].

SCAM

Similar al spam, encontramos el término "Junk mail" o Scam[86] (correo chatarra) que es utilizado para referirse a correos relacionados con publicidad

engañosa (enriquecimiento al instante, pornografía, premios, etc.) y cadenas[87] (correos que incluyen textos en donde solicitan ser reenviados a otras personas con la promesa de cumplir deseos, traer buena suerte o ganar dinero).

SPIM

Además del Spam, ha surgido una nueva vertiente de este tipo de ataque cibernético, denominado "Spim", que es un tipo de Spam pero que en vez de atacar a través de los correos electrónicos, lo hace a través de la mensajería instantánea.[88]

PHISHING

El Phishing es una nueva modalidad de fraude en Internet contenida en sitios que se asemejan a los de los bancos, sistemas de pago o proveedores conocidos en los que generalmente se señala una falla en el sistema o que la información no ha sido debidamente actualizada y por lo tanto solicitan al consumidor acceder a una pagina Web por medio de un link, y que al ser abierto, los defraudadores solicitan información comúnmente de carácter personal: datos personales, números de cuenta de tarjeta de crédito o débito del cliente, passwords o NIP (número de identificación personal), dirección, teléfono o cualquier otro tipo de información confidencial.[89]

En esencia el SPAM es una forma de violencia, pues es una agresión a nuestro ser, a nuestras creencias, pensamientos o ideologías. "La conducta agresiva es una acción intencional ejecutada con propósitos definidos y dirigida hacia objetivos anticipadamente establecidos"[90]. El correo electrónico es la herramienta del Internet más usada en la actualidad principalmente debido a su fácil manejo y que no requiere de equipos sofisticados. El envío indiscriminado y persistente de correo spam (spamming), ha venido causado molestia en muchos usuarios, ya que con la recepción de spam y junk mail se satura el espacio disponible en los servidores de correo electrónico, al igual que se incrementa el riesgo de infección por virus a través de algún archivo o código malicioso anexado al e-mail. A raíz de esto, actualmente, se están adoptando medidas legales en distintos países con el propósito de limitar y regular esta práctica, para así proteger a sus usuarios.

Daños provocados por el Spam

Ciertamente, el Spam puede ser considerado como inofensivo, hasta cierto punto normal o "tolerable" por los usuarios de Internet. Sin embargo, este tipo de ignorancia o indiferencia puede repercutir en gran medida sin siquiera darnos cuenta del daño provocado por estos medios de publicidad. Para comprender mejor esta idea, mencionamos, algunos de los daños que el Spam puede provocar, según Claudia Fonseca Martínez, expositora en el Foro del Spam de la COFETEL el pasado 3 de marzo del 2005, quien dice lo siguiente: "El Spam lo que busca es ganar notoriedad, dañar empresas internacionales, recolectar datos (spoofing, phishing, etc.), publicidad pagada por el usuario y a costo mínimo para el emisor. Sus beneficios son: económicos (contratados por empresas o venta de datos) o de reconocimiento". Según la opinión de esta expositora, el Spam existe porque "es un negocio que genera publicidad y beneficios económicos casi sin costo".[91] Dentro de las consecuencias más importantes, la autora menciona[92]:

En general:

Daño de la productividad
Daño de la competitividad de las empresas. (Tiempo de entrega y respuesta / confiabilidad)
Daño a la infraestructura informática (Uso inútil de banda ancha, denegación de servicio por saturación, transmisión de virus y gusanos)
A Usuarios:
Pérdida de recursos por los que se paga (saturación)
Paga publicidad que no solicitó
Pérdida de información por combate (sobrefiltrado)
Traslado de costos de combate por ISPs
A ISPs:
Costos por ancho de banda
Costos en inversión para herramientas para su combate
Costos en imagen
A Telecomunicaciones:
Servicios de telecomunicación menos eficientes
Costos de servicios de telecomunicaciones más elevados
Incidencia cada vez mayor del Spim

Desgraciadamente, por pertenecer a Internet, el spam resulta ser más fácil de lograr para los ciber-delincuentes, pues al ser este medio anónimo, se presta a crear organismos inexistentes que saturen nuestras cuentas de correo, o peor aún, tomar direcciones existentes y robar su identidad para enviar correos basura a todas las listas de direcciones que ellos quieran. Tal es el caso revelado por un usuario llamado "Fernando" [93], quien por no proteger su servidor, un spammer tomó su identidad para enviar Spam y ahora se encuentra en la "lista negra", por lo que su dirección se ve afectada y ya no puede utilizarla más, o tendrá que esperar tiempo para ver si al depurar estas listas lo quitan de ellas, o de plano, tendrá que solicitar a cada entidad administradora de estas listas para que lo borren de ella, lo cual, consideramos que resulta ser algo difícil de lograr.

Estadísticas

Según datos obtenidos del foro COFETEL-ULSA "EL SPAM Y SU IMPACTO" que se llevó a acabo el pasado 3 de marzo del 2005. El 75% del correo electrónico recibido es Spam. Además, América del Sur es uno de los países que más reciben este tipo de ataque, con un 97%.94

El 35% de los Spam se derivan de la suplantación de marca, el 24% corresponde a esquemas de inversión, mientras el 17% se deriva del phising o robo de identidad, el 14% proviene de esquemas piramidales y un 10% de cartas nigerianas.[95]

Los principales países donde se originan los ataques de Spam son: Canadá, República Dominicana, Jamaica, Estados Unidos y posteriormente México. Lo que quiere decir que México ocupa el quinto lugar a nivel mundial en envío de spam.[96]

Regulaciones existentes

Unión Europea

En la Directiva 2002/58/EC Acerca del Procesamiento de datos personales y la protección de la privacidad en el sector de comunicaciones electrónicas

(Directiva de la Privacidad y Comunicaciones electrónicas). Los lineamientos de esta directiva van en concordancia con la Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, y procede a sustituir a la Directiva 97/66/CE del 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.). En sus artículos estipula que para que se realice una comunicación o transmisión de una comunicación el proveedor debe informar de los detalles de la misma al usuario y debe existir obtener su consentimiento expreso e inequívoco antes de que le sea enviada. El proveedor debe indicar la duración del periodo de dicha comunicación, y que solo debe ser realizada por el mismo, evitando compartir la información personal para otros socios comerciales, en cualquier momento el usuario debe tener la capacidad de solicitar dejar de recibir la comunicación o en su caso ser eliminado de las listas de distribución de la comunicación. Los mensajes que sean enviados deben contener los datos correctos y completos de la empresa que lo envía, incluyendo el asunto del mensaje. La directiva prohíbe que los mensajes intenten disimular u ocultar la identidad del remitente así como proporcionar los datos incorrectos para que el usuario pueda rechazar la comunicación en casos ulteriores.[97]

En la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), se establece que pueden existir listados de personas que no desean recibir comunicaciones electrónicas no solicitadas, las empresas que deseen enviar correos no solicitados deben respetar dichas listas. Aunado a eso, deberán cumplir con lo previsto en la Directiva mencionada anteriormente, que indica que antes de enviar alguna comunicación deben obtener autorización de quien lo recibirá. Así mismo para los envíos de correos no solicitados, deberá identificarse el mensaje como tal para facilitar el uso de herramientas de filtrado. [98]

Argentina

En la Ley 25,326 Protección de Datos los Personales, establece que las empresas que deseen enviar correo no solicitado, pueden obtener los datos

de la persona siempre y cuando lo hagan por publicación en algún listado público o con el consentimiento de la persona que recibirá el correo. El usuario no recibirá cargo alguno por recibir esta promoción y en cualquier momento podrá solicitar sea retirado de la lista de distribución.[99]

EUA

En Estados Unidos el 1 de enero de 2004 entro en vigor la Ley CAN-SPAM 2003[100] la cual fue titulada "Ley para el Control de la Mercadotecnia y Publicidad Pornográfica no solicitada" La ley cuenta con 15 secciones. La sección dos habla acerca de lo importante que se ha vuelto el correo electrónico tanto en las vidas privadas de las personas como en las actividades comerciales y profesionales de las mismas. Reconoce la problemática del correo no solicitado, dando una estadística donde se indica que en el 2001 el SPAM era del 7% del total de correos y hoy día totaliza casi el 50% del total de correos enviados dentro de los Estados Unidos. Esta misma sección habla acerca del costo en moneda y en tiempo en que el receptor incurre por culpa del correo no solicitado, siendo los principales el costo de almacenaje en los servidores y el tiempo invertido en la lectura y borrado de estos mensajes. Define también que algunas personas que envían los correos no solicitados disfrazan los mensajes a fin de obligar al receptor a abrir los correos. Esta misma sección reconoce que la ley por si misma no será suficiente para la eliminación del correo chatarra, sino que solicita la ayuda de la tecnología en forma de desarrollos tecnológicos que permitan luchar contra este mal así como la cooperación mundial. Esta Ley tiene sustento en las tres consideraciones siguientes:

El creciente interés del gobierno para la regulación del correo electrónico comercial.

Prohíbe el envío de mensajes con títulos disfrazados a fin de ocultar el verdadero contenido del correo.

El receptor podrá en todo momento declinar la recepción de estos mensajes por parte de la misma fuente originadota.

En la sección 4 de esta Ley se definen los lineamientos que separa al correo basura del correo normal, esta barrera esta establecida en 2,500 co-

rreos enviados en un periodo de 24 horas, 25,000 en un periodo de 30 días y 250,000 durante un año. Si esta barrera es rebasada entonces se impondrán multas punitivas y/o de cárcel.

La Sección 6 indica claramente que el envío de correo con material con contenido sexual deberá de ser identificado en el titulo del correo.

La Sección 9 sienta las bases para que a no más de 6 meses de la puesta en operación de esta Ley se cree un procedimiento para que los usuarios que no deseen recibir correo basura puedan suscribirse a una lista y evitar recibir este tipo de correos. Además se indica que se deben de crear los métodos adecuados para que estas mismas listas estén disponibles para los niños con correos electrónicos.

En general vemos como el Gobierno de los Estados Unidos esta conciente del problema que representa el correo no solicitado y el alto costo que representa para las compañías y personas, sin embargo la misma ley permite un limite de correos, esto con el fin de no limitar el legitimo envío de correos como forma de mercadotecnia masiva, además da a las empresas una solución donde si el usuario acepta el envío de este tipo de correos, las empresas quedan libradas de cualquier limite establecido hasta en tanto el mismo usuario solicite su remoción.

Canadá

En el año 2004 Canadá reconoció el alto costo que tiene el SPAM dentro de la economía del país así como el alto grado de preocupación en la población, haciendo claro que era el momento de iniciar una serie de actividades encaminadas al control del SPAM. En Mayo 11 del 2004 el Ministro de la Industria anunció el establecimiento de un grupo de ataque cuya misión principal sería la implementación de un plan de acción para reducir el volumen de SPAM, esta fuerza de ataque estaría formada por expertos en tecnología, representantes de los proveedores de acceso a Internet, representantes de la industria privada, miembros del publico en general y el representantes del gobierno.[101]

Este grupo de ataque llego a un consenso sobre 4 puntos principales:

Siendo que la mayor parte de los correos no solicitados son considerados una agresión, en la mayor parte de los casos no contienen la venta de

productos o servicios ilegales.

Los miembros del equipo reconocen que la elaboración de nuevas leyes funcionara siempre y cuanto sean acompañadas por una serie de medidas técnicas o tecnológicas y sobre todo por un cambio en el comportamiento de los usuarios, las Leyes por si solas no harán que el SPAM desaparezca

Hay un consenso entre los miembros del equipo respecto a que el Gobierno no debe de imponer soluciones detalladas, tratándose de aspectos tecnológicos, dado que la tecnología avanza con rapidez y dichas soluciones quedarían obsoletas en un tiempo corto, por el contrario se debe de acudir a las mejores prácticas o la mejor tecnología disponible en el momento.

Una solución de fondo implica la colaboración mundial de todos los gobiernos y Canadá se ofrece para encabezar el esfuerzo internacional contra la lucha al SPAM

Canadá en lugar de hacer una nueva ley que luche contra el SPAM opto por adecuar las leyes existentes, por esta razón la Ley de Protección de Datos Personales y Documentos Electrónicos fue modificada en Enero 2004 a fin de considerar los correos electrónicos como información personal. En esta modificación se indica que aquellos que envíen correos en grandes cantidades deberán de haber obtenido primeramente la autorización clara del receptor para el envío de este tipo de correos.

Tanto para el Código Criminal como para la Ley de Competencia el envío de correos masivos no se considera un delito, como tampoco se considera un delito el envío de mercadotecnia masiva por correo normal, sin embargo lo que si es penado es el envío de correos masivos disfrazados o que den una idea errónea al receptor obligándolo a este a abrir el contenido del mensaje, para estos casos el Código Criminal establece penas punitivas y de cárcel similares a las del fraude.

Aunque es mucho lo que la industria y los proveedores de Internet pueden hacer para limitar el SPAM, el verdadero punto final debe de venir de los usuarios, estos deberán de ser educados respecto de las medidas y opciones que tienen disponibles para evitar el SPAM, los canales de comunicación y educación deben de ser replanteados a fin de hacer llegar el mensaje a los usuarios.

México

El Spam en México se encuentra regulado por los artículos 17, 18, 76 bis. y 128 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC)[102].
El artículo 17 especifica que la publicidad que se envíe a los consumidores deberá indicar el nombre, domicilio, teléfono o dirección electrónica del proveedor o la empresa que envíe la publicidad a nombre del proveedor; Además, aclara que los consumidores tienen el derecho de solicitar que no se les envíe información con fines publicitarios, y especifica poder exigir a los proveedores y empresas que utilicen la información el no transmitirla a terceros para su uso.

El artículo 18 manifiesta que la Procuraduría llevará el caso cuando un consumidor no haya aprobado el uso de su información personal y ésta haya sido utilizada por proveedores y/o empresas para el envío de publicidad.

Por último la fracción VI del artículo 76 Bis dice claramente que el proveedor respetará la decisión del consumidor de recibir o no avisos comerciales. Y la fracción VII de este mismo artículo indica que el proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias publicitarias o de venta que no proporcionen información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos al consumidor.

La PROFECO puede imponer multas que van desde $150 hasta $2, 520,000 pesos dependiendo de cuatro factores: 1) El perjuicio causado al consumidor, 2) el carácter intencional de la infracción, 3) la condición económica del infractor, 4) la reincidencia en que se incurra a este acto.[103] Dichas multas son impuestas de acuerdo a criterio de las autoridades de la PROFECO y puede variar dependiendo de las circunstancias de cada caso.

La PROFECO forma parte del Comité de Políticas del Consumidor (CCP) de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) cuyo fin es lograr la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico, así como evitar las prácticas transfronterizas fraudulentas y engañosas[104]. Este Comité busca analizar las tendencias de las prácticas comerciales internacionales referente al comercio electrónico y adopta medidas generales que apelan la cooperación internacional para evitar el daño a los consumidores. A finales del 2003, la PROFECO colaboró activamente con paí-

ses miembros del Comité de Políticas del Consumidor (CCP) para la elaboración de un documento titulado: Background Paper on Spam en donde se realizó un análisis del problema del Spam y se esbozaron las herramientas legales que posee cada una de las agencias con la finalidad de combatir esta práctica electrónica. Adicionalmente, en el mes de febrero del 2004 se celebró en Bélgica un Taller sobre el Spam que resultó de ser de gran utilidad para la Procuraduría, ya que ayudó a clarificar todos los elementos que conforman la política pública del consumidor, así como para conocer la experiencia internacional en el tema.[105] Estas directrices, son publicadas en la página de la PROFECO (www.profeco.gob.mx).

El pasado 21 de febrero del 2005, la PROFECO difundió una campaña denominada: "Febrero, mes de la prevención del fraude", cuyo objetivo es fomentar una cultura preventiva entre la población que efectúa transacciones por Internet o que recibe correos electrónicos.[106]

Es importante revisar en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados Federal, las dos propuestas para regular , sugeridas por los diputados Jorge Legorreta Ordorica del PVEM de 2004, denominada LEY FEDERAL QUE REGULA EL CORREO ELECTRÓNICO y Julio César Córdova Martínez del PRI de 2005 , QUE REFORMA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÒN AL CONSUMIDOR, DEL CÒDIGO PENAL FEDERAL Y DE LA LEY FEDERAL DE TELCOMUNICACIONES, EN MATERIA DE LA REMISIÒN masiva de mensajes no solicitados (SPAM).

Acciones contra el SPAM

Activar el modo de filtrado de correo no deseado en las diferentes compañías que ofrecen servicios de correo electrónico: Hotmail (Microsoft), Yahoo!. Solicitar a los proveedores de Internet herramientas de filtrado de correo electrónico, en caso de no contar con ello, conseguir software que permita este filtrado, tales como: Junk Email AntiSpam, Spam Inspector, Mozilla, entre otros, o adquirirlos desde: http://www.spamfilterreview.com/

Hacer caso omiso a las peticiones de enviar un correo a todas las direcciones.

No abrir correos con título sospechoso, ya que algunos correos tienen programación maliciosa que se reenvía a toda su libreta de direcciones.

Al contratar algún servicio en línea, algunos proveedores le solicitan llenar sus preferencias, con el fin de enviarle promociones y noticias al respecto, esto permite a dicha empresa dar a conocer su dirección a socios comerciales que pueden saturar su correo con diversas promociones.

Evitar que su dirección de e-mail sea incluida en listas de distribución o directorio público (de correo).

Solicitar que su dirección de e-mail sea retirada de listas de distribución que no sean de su interés.

Denunciar a los "spammers".

Presentando una queja o reclamación ante la PROFECO siempre y cuando los mensajes provengan de una empresa, compañía publicitaria o individuo ubicado en territorio nacional a los cuales no les haya otorgado su consentimiento por escrito o en forma electrónica para recibir su publicidad.[107]

Contactar a la policía cibernética policia_cibernetica@ssp.gob.mx y presentar la denuncia.

Navega en sitios seguros.

Instalar en la computadora anti-virus y filtros anti-spam.

Verificar constantemente estados de cuenta bancarios y de tarjetas de crédito.

Cuando el Spam que recibo proviene de un país extranjero y en un idioma distinto al español

No contestar este tipo de mensajes.

Visitar la página http://www.econsumer.gov/[108] y reenviar todo el spam recibido.

Métodos para identificar el Spam[109]

Analizadores de contenido
Filtro de palabras
Sistemas de puntuación basados en reglas
Filtros bayesianos
Listas negras
Listas de hoyos negros en tiempo real
Revisión de registros MX

Revisiones de DNS a la inversa
Diversos nuevos sistemas de revisión a la inversa
Lista negra de direcciones
Frascos de miel (honeypot)
Sistemas de reto/respuesta
Sistemas computacionales de reto
Controles de frecuencia

Consideraciones Finales del Capítulo

El SPAM es uno más de los problemas que se presentan en el mundo virtual, no es algo nuevo, sino una técnica de ventas tradicional transformada y adaptada al mundo virtual. Cuántas veces no hemos recibido en nuestros buzones panfletos y volantes con mercadotecnia y propaganda que no solicitamos, muchas veces los tomamos y así como están los echamos al bote de la basura, cuántas veces no hemos ido a las tiendas departamentales y curiosamente justo en la entrada del establecimiento se encuentra todo un batallón de vendedoras de perfumes y lociones dispuestas a rociarnos de producto sin haber obtenido nuestro consentimiento, estos son ejemplos de SPAM en la vida real. Sabemos que la mercadotecnia y las ventas no pueden existir una sin la otra, que los creativos están ideando nuevas formas de hacernos llegar los mensajes de compra por cualquier medio posible y con la llegada del Internet llegó también una forma económica y masiva de hacer publicidad, lo cual es el sueño dorado de cualquier publicista.

El problema radica en la economía de escala y el anonimato que presenta el Internet para la publicidad, pues dado que puede ser una maravillosa herramienta para promocionar productos y enriquecer el comercio electrónico, es aprovechado cada día con más frecuencia por personas sin escrúpulos que viendo el costo tan bajo de este tipo de publicidad no dudan en enviar millones de correos sin importarles las consecuencias, y peor aún, disfrazándolos para que caigamos en una trampa, eso es alevosía, premeditación y ventaja y no es justo para el receptor de los mensajes.

Pero la tecnología solo puede ayudarnos parcialmente, es imposible establecer el filtro perfecto, pues de un día para otro nos veríamos invadidos de nuevo por mensajes no deseados para los cuales nuestros filtros han que-

dado obsoletos, pensamos que como toda agresión hay que saber defendernos y la mejor defensa es el conocimiento que podamos obtener sobre las diferentes áreas que nos ayudan a combatir el SPAM: La tecnología, las leyes y el sentido común.

Es erróneo considerar al Spam como el único medio para realizar publicidad de productos o servicios ofrecidos por la red, sin embargo, resulta difícil hacernos otra idea, pues es lo que "normalmente" vemos que se utiliza como medio publicitario tanto en organismos grandes como pequeños, haciéndolo así cada vez más un medio "tolerable" por el que se hace publicidad sin darnos cuenta de los daños que puede ocasionar. Sin embargo, este tipo de negocios podrán llegar a sacarle el mayor provecho posible a este medio de publicidad, hasta que no se tomen las medidas preventivas y correctivas necesarias para estos organismos.

En nuestro país, la PROFECO ha tomado un papel primordial y significativo en contra del Spam, se ha interesado por prevenir y proteger tanto a individuos como a organizaciones completas de este tipo de ataque. Su deseo por ayudar a la población mexicana, y prevenir de estos ataques, ha tenido tanta relevancia, que la inquietud por este organismo de implementar una campaña en Febrero como el mes de la prevención, ha sido un gran ejemplo de este avance por seguir cada día combatiendo estos tipos de ataques.

Sin embargo, hay que tener presente que el Spam avanza con la tecnología, por lo que requiere de la acción coordinada de todos los sectores: tanto social, como gubernamental y empresarial; además de la cooperación internacional para poder dar marcha a los contraataques de una manera más certera y eficaz.

CAPÍTULO 6. Valor probatorio de los documentos electrónicos

Introducción

En la antigüedad, el poder era representado por ciudades amuralladas o grandes riquezas, sin embargo hoy en día el poder está representado por el acce-

so a la información. Ya sea información personal, información financiera, información pública o privada, en la actualidad no existen barreras, ésta fluye de un extremo a otro del planeta en cuestión de segundos y es utilizada para el desarrollo de todo tipo de actividades, ya sean escolares, financieras, comerciales, privadas, gubernamentales u otras.

Así como la Revolución Industrial trajo consigo un sin fin de mejoras que cambiaron la forma de hacer negocios; en el presente vivimos una verdadera revolución tecnológica que ha introducido nuevas formas de comunicación, entre ellas la más notable: el Internet. La introducción de esta tecnología a la vida cotidiana ha hecho que en varias ocasiones los conceptos tradicionales de derecho que conocemos no sean totalmente aplicables a la realidad que vivimos y es necesario que todos los aspectos en nuestra vida diaria resulten beneficiados por esta revolución sin sacrificar seguridad ni legalidad.

Con el uso de Internet, han ido surgiendo nuevas consideraciones respecto al manejo de la información a través de medios electrónicos (documentos electrónicos) y sus implicaciones legales en las operaciones comerciales en los distintos países. Mundialmente se realizan miles de transacciones comerciales electrónicas diariamente, al igual que diversos actos jurídicos por medios electrónicos tales como: contratos, pagos, compras, transferencias electrónicas de dinero, etc. Sin embargo el avance registrado en otros países, en términos de legislación de Comercio Electrónico, se ve contrastado en México por una tendencia a seguir utilizando el papel que como un pesado lastre impide el crecimiento de la aceptación de los actos jurídicos por medios electrónicos.

En este documento analizaremos la tendencia actual del valor probatorio que el documento electrónico ha ganado en diferentes países, sus requisitos y cuál es la experiencia en México al respecto.

Desarrollo

Entendemos por documento cualquier "objeto que contenga una información que narra, hace conocer o representa un hecho, cualquiera que sea su naturaleza, su proceso de elaboración o su tipo de firma. De esto podemos desprender que se considera documento a cualquier escrito, impreso, plano,

dibujo, cuadro, fotografía, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías y en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo".[110]

Los documentos pueden clasificarse en públicos y privados, siendo los últimos aquellos que para su creación no interviene ningún tipo de tercero, es decir es creado por su autor y no requiere de ningún tipo de certificación ya sea porque no lo requiere o simplemente porque no lo solicita, a diferencia de los documentos públicos en donde expresamente se solicita la intervención de un tercero, comúnmente denominado Notario Público que certifica y da fe de la creación del documento y de la identidad de aquellos que intervinieron en su elaboración, de esta manera el documento tiene la más alta clasificación de seguridad, integridad, autenticidad y permanencia que el derecho le puede otorgar, en otras palabras, se le otorga el mayor valor probatorio posible.[111]

México

En nuestro país existen contratos para los cuales no se necesita la intervención de un notario ni la elaboración de un complicado escrito, tal es el caso, por ejemplo, de la compra de un artículo en alguna tienda. Lo anterior presume el deseo del comprador de comprar y del vendedor de vender, en donde el vendedor establece el precio al que desea vender el artículo que le pertenece y el comprador al pagar el precio fijado. El comprador está de acuerdo en que el valor de lo que está pagando es aceptable con lo que obtiene a cambio. Otra forma de hacer contratos es por medio del fax, sin embargo su aceptación como prueba ante un juzgado queda a discreción del juez.[112]

En nuestro país el Código Civil establece en su artículo 1793 que con el contrato se producen y se transfieren derechos y obligaciones. La manera de otorgar el consentimiento para la celebración de un contrato sufrió reformas importantes que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del 2000, mismas que a continuación se resumen:

Reformas del Código Civil[113]:

Artículo 1803. Indica que el consentimiento para la ejecución de un acto comercial podrá ser hecho verbalmente, por escrito, por medios electrónicos

y por medio de cualquier otra tecnología.

Artículo 1811. Establece que respecto a las propuestas y aceptaciones realizadas por medios electrónicos o cualquier otra tecnología no se requiere que exista un acuerdo previo entre las partes en forma de escrito sobre papel a fin de que la hecha por medios electrónicos tenga validez.

Artículo 1834 bis. Indica que para que el articulo anterior tenga efecto, la información generada o comunicada pueda ser atribuible a las personas que celebran el acuerdo y que ésta pueda ser accedida en cualquier momento.

Artículo segundo. Adiciona el articulo 210-A al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo 210-A. Reconoce plenamente como prueba cualquier información generada o transmitida por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. A fin de darle el máximo valor probatorio la información deberá haber sido creada, transmitida y/o recibida por medios fiables, teniendo ésta que estar disponible para su consulta futura.

Para el caso en que la ley requiera la presentación de la información en forma original, ésta podrá ser cubierta si se acredita que la información creada, enviada o recibida ha permanecido inalterada desde el momento de su creació, envió o recepción.

En la misma fecha fue modificado el Código de Comercio en donde principalmente se estableció lo siguiente:

Titulo II del Comercio Electrónico[114]

Artículo 1205. "Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad".

Artículo 1298-A. "Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunica-

da o conservada".

La Ley de Instituciones de Crédito, en su título 3ro de las operaciones, y en su capítulo I de las reglas generales menciona:

Artículo 52. Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

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

Por ello se puede constar que los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por ese por el artículo 52 de la ley bancaria, en sustitución a la firma autógrafa, produciendo los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.[115]

El Banco de México, publicó una circular-telefax 12/97 (vigente a partir del 28 de Febrero de 1997) que dice lo siguiente:

> *"Las claves de acceso, de identificación y, en su caso, de operación, establecidas para el uso de medios electrónicos de cómputo o telecomunicación, sustituirán a la firma autógrafa por una de carácter electrónico, por lo que las constancias documentales o técnicas donde aparezcan, producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos suscritos por las partes y, en consecuencia, tendrán igual valor probatorio"*[116].

Primera Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2004

2.16.1. "Para los efectos de los Capítulos 2.14 y 2.15 de esta resolución, los medios de identificación automatizados que las instituciones de crédito tengan establecidos con sus clientes, los medios de identificación electrónica confidencial que se generen por los contribuyentes mediante los desarrollos informáticos del SAT, así como el uso de la tarjeta electrónica (tarjeta tributaria), sustituyen a la

firma autógrafa y producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes, teniendo el mismo valor probatorio"[117].

2.19.1. "Para los efectos de los Capítulos 2.17 y 2.18 de esta resolución, los medios de identificación automatizados que las instituciones de crédito tengan establecidos con sus clientes, los medios de identificación electrónica confidencial que se generen por los contribuyentes mediante los desarrollos electrónicos del SAT, sustituyen a la firma autógrafa y producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes, teniendo el mismo valor probatorio"[118].

El valor probatorio del documento electrónico en procesos administrativos y judiciales

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.

Fomentar la promulgación de una legislación moderna que permita la utilización de las tecnologías de la transmisión electrónica de información con seguridad jurídica y pleno valor probatorio judicial.

Determinación de los procesos y trámites administrativos gubernamentales susceptibles de utilizar esta tecnología, reformando las leyes y reglamentos, para que igualmente los procesos electrónicos estén sancionados con validez, seguridad jurídica y valor probatorio pleno[119].

De acuerdo a las reformas anteriores podemos decir que México se encuentra aun en una etapa de despegue en cuanto a leyes para la regulación de contratos por medios electrónicos se refiere, sin embargo los pasos se están dando en la dirección correcta. En tanto se siga desarrollando el comercio electrónico en el resto del mundo y México continúe sosteniendo relaciones comerciales, esto obligará a nuestro país a incorporar modelos de ley y reformas faltantes a las leyes vigentes.

Naciones Unidas

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) elaboró en 1996 una Ley Modelo sobre Comercio

Electrónico con la finalidad de dar a los Gobiernos una base que les ayude a modernizar sus legislaciones sobre el particular. La Comisión tomó en cuenta que el alcance de esta Ley es mundial y que tanto países desarrollados como en vías de desarrollo recibirían esta información por lo tanto intentó elaborarla lo más simple y concretamente posible, de manera que fuera clara para todos los países involucrados. También consideró que muchas cuestiones quedarían fuera de la Ley Modelo, y sólo se abordarían como temas de guía para los Gobiernos a fin de que cada uno la incorpore a sus legislaciones de la manera que considere conveniente.

La Ley considera que el desarrollo de los medios de comunicación ha tomado un papel importante en las operaciones comerciales y considera que su uso será cada día mayor, sin embargo prevé que la comunicación de ciertos datos jurídicos por medio del Internet sin un soporte en papel podría verse obstaculizada por lagunas o simplemente por falta de legislación al respecto. La Ley Modelo tiene como finalidad dar a los legisladores un conjunto de bases que les ayuden a eliminar esos obstáculos jurídicos a fin de crear un marco legal que permita el desarrollo seguro de los negocios vía Internet. De igual forma la Ley pretende llegar a los usuarios a fin de proporcionarles soluciones contractuales a los problemas que pueda enfrentarse al momento de estar realizando comercio electrónico.[120]

En el Capitulo II, Articulo 5 la Ley Modelo habla acerca del reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, en donde indica que en principio los mensajes de datos no deben de ser tratados de forma diferente a los escritos en papel, aun y cuando la ley exija la presentación de originales, por otro lado este artículo no resta valor a los subsecuentes artículos del 6 al 10 del mismo Capítulo en donde se indican que "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria, a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos"[121]. En esencia el Artículo 5 pretende indicar que a los mensajes de datos no podrá restarle validez jurídica por el hecho de haber sido originados o almacenados en medios electrónicos.

El Artículo 7 habla sobre las condiciones que deberá reunir una firma dentro de un documento electrónico. En principio una firma tiene dos funciones principales: identificar al autor y confirmar que el autor aprueba el

contenido del mensaje; tratándose de mensajes electrónicos estas dos funciones jurídicas básicas deben de ser verificables, para ello considera que se utilizará un método fiable de acuerdo a los fines para los cuales se originó el mensaje y este método deberá ser aceptado por ambas partes: iniciador y receptor.

Chile

Para el derecho Chileno el documento electrónico se entiende como *"Una representación material destinada a reproducir la voluntad materializada a través de las tecnologías de información que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para que puedan ser percibidos y comprendidos por el hombre."*[122] Sin embargo el Derecho Chileno resume en tres puntos sus razones para la no aceptación de los documentos electrónicos:

1) El documento electrónico no ofrece al juez las garantías necesarias de confiabilidad, ya que los elementos de creación pueden ser sobrescritos o borrados.
2) Consideran que el documento electrónico es la copia de un documento escrito y por lo tanto deja de ser original al existir previamente un documento escrito con la misma información.
3) La firma electrónica carece de los elementos de seguridad que la firma autógrafa proporciona, por lo tanto su uso aun no es reconocido por el derecho Chileno.

El Gobierno Chileno consciente del desarrollo tecnológico ha comenzado a dar los pasos necesarios para incorporar de inicio la aceptación de la firma electrónica como sustituto de la firma autógrafa, otorgándole la misma validez siempre y cuando ésta se haya efectuado usando las tecnologías y compañías certificadoras autorizadas.

El Artículo 341 del Código de Procedimiento Civil Chileno fija como pruebas válidas en un juicio a los instrumentos, los testigos, la confesión de parte, la inspección personal del tribunal, el informe de peritos y las presunciones.[123] En ningún caso hacen referencia del documento electrónico, por lo tanto, en caso de aprobarse alguna legislación, la misma deberá ser incluida en este artículo.

España

La Ley de Enjuiciamiento Civil publicada el 7 de enero de 2000[124] considera la existencia de las nuevas tecnologías y reconoce al documento electrónico como medio de prueba, también permite la realización de actos de comunicación procesal por medios electrónicos. En el mismo orden de ideas el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga libertad a los juzgados y tribunales para que hagan uso de la tecnología para el desarrollo de sus actividades y dicta que los documentos emitidos por estos medios gozarán de la misma validez y eficacia que un documento original siempre y cuando quede garantizada su autenticidad e integridad y que cumpla con los requisitos exigidos por las leyes procesales.

La Ley Española Real Decreto Ley 14/1999[125] sobre firma electrónica establece en su Artículo Primero: que el ámbito de aplicación de esta ley queda delimitada al uso de la firma electrónica, al reconocimiento de la eficacia jurídica y a la regulación de los servicios de certificación.

Panamá

El 31 de julio del 2001 fue publicado en la Gaceta Oficial la Ley 43 que define y regula los documentos, firmas electrónicas, las entidades de certificación en el comercio electrónico y el intercambio de documentos electrónicos.[126] En su Artículo 1 establece el ámbito de aplicación el cual regula los documentos y firmas electrónicas así como la prestación de servicios de certificación de firmas. El Articulo 5 cita lo siguiente: "Se reconocen efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria a todo tipo de información, que este en forma de mensaje de datos o que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión".[127]

El Artículo 6 otorga la misma validez a los documentos electrónicos que la que tienen los documentos escritos, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

Que la información sea accesible para ser consultada en cualquier momento.

Que el mensaje sea conservado en la forma original en que fue creado, enviado o recibido donde se demuestre que el mensaje corresponde al origi-

nal emitido o recibido.

Que se conserve de algún modo evidencia de cuando el documento fue creado, enviado o recibido.

Este mismo artículo contempla que lo anterior no será aplicable cuando la ley exija una solemnidad que no sea posible verificar mediante el documento electrónico, cuando para algún acto jurídico se requiera la presencia física de la persona o para cualquier acto que tenga que ver con el Derecho de la Familia.

Respecto a la firma electrónica, el Artículo 7 indica que cuando la ley exija la presencia de una firma hablando de un documento electrónico se entenderá como satisfecho el requisito si este viene firmado electrónicamente. Este mismo artículo indica que la firma electrónica, en cualquier forma, será totalmente equivalente a la firma escrita y tendrá todos los efectos legales de esta última.

El Artículo 10 habla sobre la admisibilidad y fuerza probatoria de los documentos, firmas electrónicas y mensajes de datos; y el Artículo 11 menciona que el criterio para valorar probatoriamente los documentos electrónicos, incluyendo la firma electrónica son: las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Lo anterior significa que la validez de un documento será dada por la forma en que represente la confiabilidad de su creación, la forma en que fue comunicado y la forma en que garantice la identidad de su creador.

Consideraciones Finales del Capítulo

El avance y desarrollo de la tecnología es imparable y los documentos electrónicos están cobrando cada día más importancia. Diariamente vemos frente a nosotros un sin fin de transacciones con avisos legales, aceptación de términos, firmas electrónicas, que hoy por hoy nos parecen totalmente normales, como por ejemplo: un recibo en un cajero automático, un aviso legal al momento de descargar de Internet una actualización de un software etc.; todo estos son ejemplos de que los documentos electrónicos llegaron para quedarse y será cuestión de tiempo para que las leyes y reglamentos les den el máximo valor probatorio, quizá será necesaria la actuación de un tercero o

tal vez la tecnología será capaz de sustituir a los Notarios Públicos para el otorgamiento del máximo valor probatorio; esto está aun por verse, pero pensamos que es innegable el hecho de que hoy en día los documentos electrónicos han ganado terreno a los documentos escritos y nos aventuramos a especular que eventualmente los substituirán en su totalidad. Por ello es importante que los gobiernos y organismos regulatorios encuentren la manera de reconocer el valor que los documentos electrónicos tienen y les den el peso necesario para que puedan ser parte y no barrera del desarrollo del comercio electrónico.

Pensamos que el esfuerzo de las Naciones Unidas en este sentido es digno de reconocerse, ya que promueve de manera decidida (pero cuidadoso de no violar la soberanía de los países) la inclusión en las leyes propias de cada país para el reconocimiento de los documentos y firmas electrónicas. Creemos que este es el camino correcto para que los países puedan sumarse y adopten estos cambios de manera expedita a fin de que la tecnología sea un motor y no un lastre en su desarrollo.

Consideramos que dado el impacto tecnológico en los aspectos monetarios, las instituciones financieras han sido promotoras y acogedoras del documento electrónico; y les han dado el máximo valor probatorio en sus políticas y procedimientos. Esto sin duda da elementos de seguridad al resto de las organizaciones para seguir el mismo ejemplo en cuanto a valor probatorio se refiere.

Citas

1 Definición de "Comercio Electrónico". Julio Téllez V. Derecho Informático 3ª Edición, 2004. Pág. 188.

2 "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR". 29 de Mayo de 2000. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005 http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/info/ecommerce.html

3 "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR". Publicado el 29 de Mayo de 2000. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/info/ecommerce.html

4 "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR". 29 de Mayo de 2000. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005
http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/info/ecommerce.html

5 "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

6 profeco. Obtenido el 10/mar/05 de:
http://www.profeco.gob.mx/html/profeco/profeco.htm

7 profeco Obtenido el 10/mar/05 de:
http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_quejas.htm

8 eConsumer.gov. Obtenido el 10/mar/05 de:
http://www.econsumer.gov/espa-nol/index.html

9 profeco. Obtenido el 10/mar/05 de:
http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_lineamientos.htm

10 "REGLAMENTO del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.". Publicado: 19 de julio del 2004. Consultado: 25 de febrero del 2005 http://www.consejerofiscal.net/DECRETOSDOF/DOF-19-07-2004.htm

11 Capítulo II – De los medios electrónicos. Artículos del 17-D al 17-J. Código Fiscal de la Federación. Consulta el 24 de Febrero de 2005. ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion05/CFF2005.doc

12 Título Segundo – De los derechos y Obligaciones de los Contribuyentes. Capítulo Único. Artículos 29 y 29-A. Código Fiscal de la Federación. Consulta el 24 de Febrero de 2005. ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion05/CFF2005.doc

13 ¿Cómo funcionan las facturas electrónicas? 22/febrero/2005. SAT México. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/e_sat/comprobantes_fiscales/15_4032.html#4

14 Concepto de Factura Electrónica. 27/septiembre/2004. SAT México. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/e_sat/comprobantes_fiscales/15_2848.html

15 LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 04 de Junio de 2001. Secretaría de Hacienda y Credito Público. Fecha de consulta: 9 de Marzo de 2005.
http://www.shcp.gob.mx/servs/normativ/leyes/l_ic.html

16 Boletín 131. "Los usuarios de Internet en México: Un sector en crecimiento". Colaboración de Susana Espinosa Cruz. Servicios de Estrategia en Electrónica. Publicado el 25 de Octubre de 2004. Fecha de consulta: 9 de Marzo de 2005
http://www.select.com.mx/Tyn/Anterior/TyN_131.pdf

17 Boletín 90. "Crece la importancia de la Banca por Internet. Servicios de Estrategia en Electrónica. Publicado el 21 de Marzo de 2003. Fecha de consulta: 9 de Marzo de 2005. http://www.select.com.mx/Tyn/Anterior/TyN_90.PDF

18 Boletín 90. "Crece la importancia de la Banca por Internet. Servicios de Estrategia en Electrónica. Publicado el 21 de Marzo de 2003. Fecha de consulta: 9 de Marzo de 2005. http://www.select.com.mx/Tyn/Anterior/TyN_90.PDF

19 Los contratos celebrados por medios electrónicos y tecnológicos. Obtenido el 1/mar/05 de: http://www.grupoogl.com/novedades/documentos/Contratoscelebradospormedios-electronicos.htm

20 "Ocho casos de éxito", Empresas en Linea. Publicado el 2 de Abril del 2003 Consultado el 10/Marzo/05 en:
http://www.empresaenlinea.com/desdemipc/presencial/portada.asp?company=0&proc=news&procid=8CASOSDEEXITO

21 Gobierno Federal. Consultado el 11/Marzo/05 en: http://www.gob.mx/

22 condusef: Comisión Nacional para la Protección y defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

23 Definición de "Comercio". Diccionario de la Real Academia Española. Consulta del sitio el 16 de Febrero de 2005.

24 Definición de "Comercio Electrónico". Julio Téllez V. Derecho Informático 3ª Edición, 2004. Pág. 188.

25 Ley Federal de Protección al Consumidor. Consulta al sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005 en: http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_lfpc.htm

26 Concepto de Prácticas Comerciales desleales. Consultado en el sitio Web el 16 de Febrero de 2005 en: http://www.navactiva.com/web/es/aue/act/resumen/2003/07/23/p17167.jsp

27 Linda Rosencrane. FTC. International Coalition crack down on misleading Web Sites. 12/Feb/04 Obtenido el 16/feb/05 en:
http://www.computerworld.com/securitytopics/security/cybercrime/story/0%2C10801%2C90162%2C00.html

28 Stephen Nelson & Nancy Leigh. E-com Legal Guide. 1/2001. Obtenido el 6/feb/2005 de: http://www.bakernet.com/apec/chinaapec_main.htm#1

29 Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. 23/jun/2003. Obtenido el 16/feb/05 de: http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l32010.htm

30 PFP DETECTA EL GRUPO DC MÉXICO SINGIFICATIVO INCREMENTO EN LOS FRAUDES CIBERNÉTICOS México, D.F., a 21 de septiembre de 2003, Fecha consulta: 16 de febrero del 2005. http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pfp_sub_2&docId=2417

31 LOGRA EL GRUPO DC MÉXICO TUMBAR DE LA RED 20 COMUNIDADES MÁS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. México, D. F., a 15 de febrero de 2004, Fecha con-

sulta: 16 de febrero del 2005. http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pfp_sub_2&docId=1594

32 Consulta del sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005 http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_conceptos.htm#virus.

33 Delitos informáticos. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. 1998. Fecha consulta: 17 de febrero del 2005 http://www.stj-sin.gob.mx/Delitos_Informaticos2.htm

34 PFP DETECTA EL GRUPO DC MÉXICO SINGIFICATIVO INCREMENTO EN LOS FRAUDES CIBERNÉTICOS México, D.F., a 21 de septiembre de 2003, Fecha consulta: 16 de febrero del 2005. http://www.ssp.gob.mx/application?pageid=pfp_sub_2&docId=2417

35 Conceptos básicos. Consulta al sitio Web de la PROFECO el 16 de Febrero de 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_conceptos.htm

36 Aumenta el Robo de Identidad y el Fraude en Internet en Estados Unidos. Publicado el Jueves, 18 de Marzo de 2004. Consulta al sitio 'Comercio Electrónico Global' el 16 de Febrero de 2005. http://www.e-global.es/article29.html

37 Government of Canada. 21/5/2001. Obtenido el 16/feb/05 de: http://www.ic.gc.ca/cmb/Welcomeic.nsf/261ce500dfcd7259852564820068dc6d/85256779007b79ee852568c00075c336?OpenDocument

38 PhoneBusters. Statistics on Phone Fraud. Obtenido el 16/feb/2005 de: http://www.phonebusters.com/english/statistics_E03.html

39 Roban identidad con la compra de passwords.Provider: Agencia Reforma.Date: December 21, 2004. Consulta: 15 de febrero 2005 http://0site.securities.com.millenium.itesm.mx/doc.html?pc=MX&doc_id=66559384&query=riesgos:comprar:internet&hlc=es

40 PFP DETECTA EL GRUPO DC MÉXICO SINGIFICATIVO INCREMENTO EN LOS FRAUDES CIBERNÉTICOS México, D.F., a 21 de septiembre de 2003, Fecha consulta: 16 de febrero del 2005.

41 Recomendaciones Generales. Consulta al sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_recomendaciones.htm.

42 Plan de acción comunitario destinado a promover una utilización más segura de Internet. 15.09.2004. Consulta:15 febrero 2005. http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l24190.htm

43 Michael Singer Mcafee launches initiative to protect children on the Internet 27/Mar/01 Obtenido el 16/feb/05 de:
http://siliconvalley.internet.com/news/article.php/3531_725871

44 LOGRA EL GRUPO DC MÉXICO TUMBAR DE LA RED 20 COMUNIDADES MÁS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL México, D. F., a 15 de febrero de 2004, Fecha consulta: 16 de febrero del 2005.

45 Recomendaciones Generales. Consulta al sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_recomendaciones.htm.

46 Conceptos básicos. Consulta al sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_conceptos.htm#spam

47 DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2000. Diario Oficial núm. L 178, de 17/07/2000, Consulta: 16 de febrero del 2005.

48 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (ocde). consulta: 18 de febrero 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/internacionales/ai_multila_6.htm

49 Spyware Control and Privacy Protection Act 2000. Obtenido el 18/feb/2005 de: http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c106:S.3180:

50 Associated Press. Anti-Spam law goes into effect in Europe. 31/Oct/2003. Obtenido el 18/feb/05 de: http://ca.search.yahoo.com/search?vc=&p=spyware+law+usa

51 Asciende el número de sitios seguros de Internet en México. INFOchannel México. January 17, 2005. consulta: 15 de febrero del 2005.
http://0site.securities.com.millenium.itesm.mx/doc.html?pc=MX&doc_id=67644842&query=sitios:seguros:mexico&hlc=es

52 Aumenta lista de ciberdelitos. Verónica Sánchez. Informática y Telecomunicaciones (Computers and Telecommunications). El Norte. Monterrey, México: Feb 14, 2005. pg. 3
http://0proquest.umi.com.millenium.itesm.mx:80/pqdlink?did=793441031&sid=1&Fmt=3&clientId=23693&RQT=309&VName=PQD

53 ¿Claves privadas y claves públicas? Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina. Consultada el 23 de Febrero de 2005
http://www.pki.gov.ar/index.php?option=content&task=view&id=91&Itemid=102

54 Que es una Infraestructura de Firma Digital? Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina. Miércoles 23 de Febrero de 2005
http://www.pki.gov.ar/index.php?option=content&task=view&id=91&Itemid=102

55 Marco Normativo sobre Firma Digital. Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina. Miércoles 23 de Febrero de 2005.
http://www.pki.gov.ar/index.php?option=content&task=view&id=59&Itemid=58

56 Servicios al Ciudadano. Infraestructura de Firma Digital de la República Argentina. Miércoles 23 de Febrero de 2005.
http://www.pki.gov.ar/index.php?option=content&task=view&id=97&Itemid=108

57 DIRECTIVA 1999/93/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 19 de Enero de 2000.
http://www.setsi.min.es/legisla/comunita/l_01320000119es00120020.pdf

58 "Digital signatures and authentication processes", por Bradley J. Freedman. Publicado el: 12 de Julio del 2004, consultado: 23 de febrero del 2004.
http://www.cle.bc.ca/CLE/Analysis/Collection/04-54321-signatures

59 "DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR". 29 de Mayo de 2000. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005
http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/proy/info/ecommerce.html

60 "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

61 "Capítulo I - De los Mensajes de Datos". "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

62 "Capítulo II - De las Firmas". "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

63 "Capítulo III - De los Prestadores de Servicios de Certificación". "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

64 "Capítulo IV – Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeros". "Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de Firma Electrónica". Gaceta Parlamentaria. No. 96 Año 2003. Martes 8 de Abril. 3er año de ejercicio. Segundo periodo ordinario. Consulta realizada el 23 de febrero de 2005.
http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?lk=148/DICTAMEN_CODIGO_DE_COMERCIO.html

65 "REGLAMENTO del Código de Comercio en Materia de Prestadores de Servicios de Certificación.". Publicado: 19 de julio del 2004. Consultado: 25 de febrero del 2005.
http://www.consejerofiscal.net/DECRETOSDOF/DOF-19-07-2004.htm

66 Capítulo II – De los medios electrónicos. Artículos del 17-D al 17-J. Código Fiscal de la Federación. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion05/CFF2005.doc

67 Título Segundo – De los derechos y Obligaciones de los Contribuyentes. Capítulo Único. Artículos 29 y 29-A. Código Fiscal de la Federación. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
ftp://ftp2.sat.gob.mx/asistencia_servicio_ftp/publicaciones/legislacion05/CFF2005.doc

68 ¿Cómo funcionan las facturas electrónicas? 22/febrero/2005. SAT México. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/e_sat/comprobantes_fiscales/15_4032.html#4

69 Concepto de Factura Electrónica. 27/septiembre/2004. SAT México. Consulta el 24 de Febrero de 2005.
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/e_sat/comprobantes_fiscales/15_2848.html

70 Declaración Universal de los Derechos humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.
Obtenido el 24/feb/2005 de: http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm

71 The Internet Education Foundation. Content Regulation Overview. Obtenido el 23/feb/2005 de: http://www.netcaucus.org/issues/contentoverview.shtml

72 Equipo Nikzor. Texto de la declaracion de la Cámara Internacional de Comercio sobre

el impacto de la regulación de contenidos en Internet. Obtenido el 23/feb/2005 de: http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/chamber.html

73 Internet World Stats. Usage & Population Statistics. Obtenido el 23/feb/2005 de: http://www.internetworldstats.com/stats.htm.

74 Keith Damsell. New Digital channels put adult fare on balance sheet. 16/ene/2002. Obtenido el 23/feb/05 de:
http://news.globetechnology.com/servlet/GAMArticleHTMLTemplate?tf=globetechnology/TGAM/NewsFullStory.html&cf=globetechnology/tech-config-neutral&slug=RSEXX&date=20020116

75 Lorenzo Aparicio, Andrés. 20/mar/04. Obtenido el 23/feb/05 de:
http://andreslorenzo.weboficial.com/

76 idem

77 idem

78 García Castillejo, Angel I. La regulación de contenidos audiovisuales en Internet Agosto 2000. Obtenido el 23/feb/05 de:
http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/casti.pdf#search='regulacion%20de%20contenidos%20en%20internet'

79 The Communication Decency Act. Obtenido el 23/feb/2005 de:
http://userpages.umbc.edu/~tdiep2/lit.html

80 Electronic Privacy Information Center. EPIC HAILS SUPREME COURT INTERNET "INDECENCY" DECISION: OPINION "PRESERVES BOTH FREE SPEECH AND PERSONAL PRIVACY" Obtenido el 24/feb/2005 de:
http://www2.epic.org/cda/epic_sup_ct_statement.html

81 Michael Shepherd and Carolyn Watters. Content Filtering Technologies and Internet Service Providers. 22/Mar/2000. Obtenido el 24/feb/05 de:
http://www.cs.dal.ca/~shepherd/filtering/ISPweb.htm

82 LOGRA EL GRUPO DC MÉXICO TUMBAR DE LA RED 20 COMUNIDADES MÁS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL México, D. F., a 15 de febrero de 2004, Fecha consulta: 16 de febrero del 2005.

83 Conceptos básicos. Consulta al sitio Web de la profeco el 16 de Febrero de 2005.
http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_conceptos.htm#spam

84 SPAMMING. Fecha de Consulta: 14 de Marzo de 2005.
http://www.enewnesslaw.com/spammingC.htm

85 Puertas, Antonio. Correos Chatarra. 5/dic/04. Obtenido el 15/mar/05 de:
http://www.expansion.com.mx/

86 NACPEC PMF. Preguntas más frecuentes a cerca del Spam y Phising. Fecha: 5/11/2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.nacpec.org/es/faq.html

87 Impulsa Profeco campaña contra fraude cibernético. Notimex. El Universal. Lunes 21 de febrero del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005.
http://www.eluniversal.com.mx/pls/impreso/version_imprimir_supl?id_articulo=19203&tabla=articulos

88 SPAMMING. Fecha de Consulta: 14 de Marzo de 2005.
http://www.enewnesslaw.com/spammingC.htm

89 Coburn, Claudia. Lo que faltaba: Spim. Fecha: 8 de marzo de 2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005.
http://www.netmedia.info/informationweek/articulos.php?id_sec=6&id_art=4665

90 nacmec pmf. Preguntas más frecuentes a cerca del Spam y Phising. Fecha: 5/11/2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.nacpec.org/es/faq.html

91 Erick Iriarte. Peru: Violencia en Internet. Alfa Redi. Obtenido el 15/mar/05 de:
http://www.alfa-redi.org/revista/data/7-3.asp

92 Datos obtenidos de: Fonseca Martínez, Claudia. FORO COFETEL-ULSA "EL SPAM Y SU IMPACTO" Conferencia: ¿Que es el SPAM y porque existe? Fecha: 3 de marzo del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.cofetel.gob.mx/foro_spam.shtml

93 Ídem

94 Fernando. Salir de una lista de bloqueo de spam. Fecha: 12 de diciembre del 2003. consulta: 15 de marzo del 2005. http://barrapunto.com/article.pl?sid=03/12/12/1152202

95 Datos obtenidos de: Fonseca Martínez, Claudia. FORO COFETEL-ULSA "EL SPAM Y SU IMPACTO" Conferencia: ¿Que es el SPAM y porque existe? Fecha: 3 de marzo del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.cofetel.gob.mx/foro_spam.shtml

96 Datos obtenidos de: García, Rafael. FORO COFETEL-ULSA "EL SPAM Y SU IMPACTO" Conferencia: El spam y los virus informaticos. Fecha: 3 de marzo del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.cofetel.gob.mx/foro_spam.shtml

97 Datos obtenidos de: García, Rafael. FORO COFETEL-ULSA "EL SPAM Y SU IMPACTO" Conferencia: El spam y los virus informaticos. Fecha: 3 de marzo del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.cofetel.gob.mx/foro_spam.shtml

98 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) Publicada el 31 de julio de 2002. Fecha de Consulta: 15 de Marzo de 2005. http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo420.asp

99 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Publicada el 08 de Junio de 2000. Fecha de consulta: 15 de Marzo de 2005. http://elisoft.comvive.com/docus/di200031ce.htm

100 Capítulo IV, artículo 27 (Archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad). Ley 25.326 PROTECCION DE LOS DATOS PERSONALES. Publicada el 30 de Octubre de 2000. Fecha de consulta: 15 de Marzo de 2005.
http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/64790.htm

101 CAN spam Act 2003. Obtenido el 15/mar/03 de:
http://www.spamlaws.com/federal/108s877.html

102 Industry Canada. An Anti Spam Action Plan for Canada. May/04 Obtenido el 15/mar/05 de: http://e-com.ic.gc.ca/epic/internet/inecic-ceac.nsf/en/h_gv00246e.html

103 Ley Federal de Protección al Consumidor. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Consultado el: 15 de marzo del 2005.
http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/113.pdf

104 nacpec pmf Preguntas más frecuentes a cerca del Spam y Phising. Fecha: 5/11/2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005.http://www.nacpec.org/es/faq.html

105 profeco. Comercio electrónico, lineamientos internacionales. Consultado el: 15 de marzo del 1005. http://www.profeco.gob.mx/html/ecomercio/ecomercio_lineamientos.htm

106 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (ocde). consulta: 18 de febrero 2005. http://www.profeco.gob.mx/html/internacionales/ai_multila_6.htm

107 profeco. Acciones para prevenir fraudes por Internet y correo electrónico. Fecha: 21 de

febrero del 2005. Consultado el: 15 de marzo del 2005.
http://www.profeco.gob.mx/html/prensa/prensa05/feb05/10bol05.pdf

108 nacpec pmf. Preguntas más frecuentes a cerca del Spam y Phising. Fecha: 5/11/2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.nacpec.org/es/faq.html

109 Egov.com es un organismo creado por 30 agencias de protección al consumidor en donde se registran direcciones Spam a nivel mundial. nacpec pmf. Preguntas más frecuentes a cerca del Spam y Phising. Fecha: 5/11/2004. Consultado el: 15 de marzo del 2005. http://www.nacpec.org/es/faq.html

110 Dickinson, John. Spam enlatado. Fecha: 1 de septiembre del 2004. Consulta: 15 de marzo del 2005.
http://www.netmedia.info/informationweek/articulos.php?id_sec=6&id_art=4926&num_page=22041

111 Alexander Díaz. Colombia: Los Documentos Electrónicos y sus Efectos Legales en Colombia. Alfa - Redi: Revista de Derecho Informático. ISSN 1681-5726. Obtenido el 1-marzo-de 2005 http://www.alfa-redi.org/revista/data/35-5.asp

112 Ídem

113 Los contratos celebrados por medios electrónicos y tecnológicos. Obtenido el 1/mar/05
http://www.grupoogl.com/novedades/documentos/Contratoscelebradospormedioselectronicos.htm

114 Ídem

115 Ídem

116 Ley de Instituciones de Crédito. Obtenido el 2-Marzo-2005 de:
http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo332.asp

117 Art. 3 fracción III, Art. 7 fracción I, Art. 10, 14, 24 y 26 de la Ley del Banco de México.

118 Servicio de Administración Tributaria. Primera Resolución de Modificaciones a la Resolución Miscelánea Fiscal para 2004. Obtenido el 2/mar/05 de:
http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/e_sat/tu_firma/60_1471.html

119 Ídem

120 Vera, Luis. El Valor Probatorio del documento electrónico en procesos administrativos

y judiciales. Obtenido el 2/mar/05 de: http://www.secodam.gob.mx/tidap/1997/Vera.htm

121 Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la cnudmi sobre Comercio Electrónico. Obtenido el 1-Marzo-2005 de:
http://www.arkhaios.com/ecommerce/guia.htm

122 Ídem

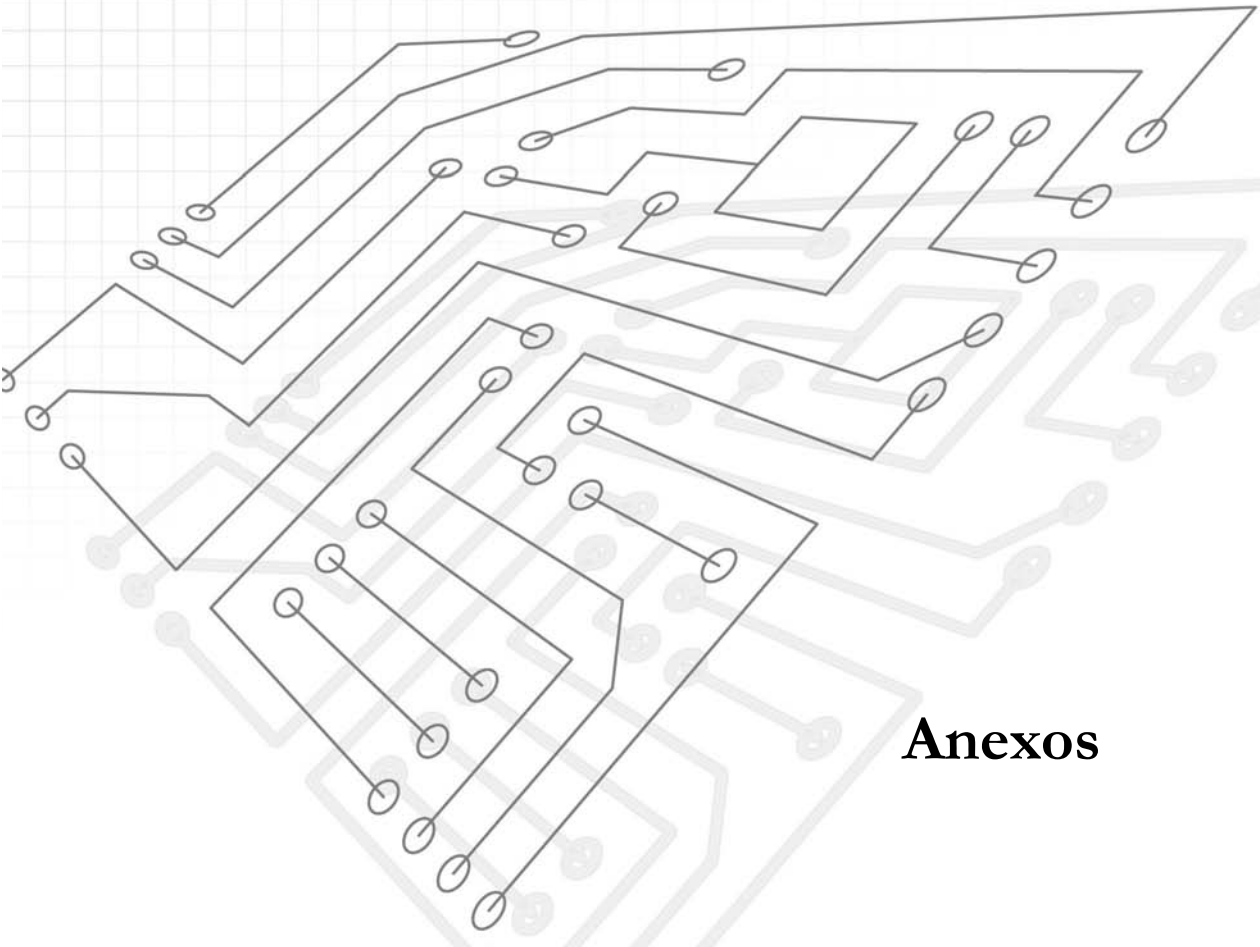
123 Notaría Digital. El Documento Electrónico: algunas vías de aplicación en el Derecho Probatorio Chileno. 17-Abril-2000. Obtenido el 1-Marzo-2005 de:
http://www.notariadigital.com/boletin007.htm

124 Ídem

125 Fiestas Jaramillo, José Eduardo. La prueba Electrónica. Obtenido el 1-Marzo-2005 de: http://www.alfa-redi.org/presentaciones/fiestas.pdf#search='caracteristicas%20legales%20de%20un%20documento%20electronico

126 Ídem

127 Gaceta Oficial Órgano del Estado. Asamblea Legislativa Ley 43. (Del 31 de Julio de 2001).



Anexos

:: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno 1996 con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998

Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628)]51/162. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Asamblea General, Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel,

Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computadorizados aprobada por la Comisión en su 18.º período de sesiones, celebrado en 1985,[1] y el inciso b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión[1] 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,

Convencida de que la elaboración de una ley modelo que facilite el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas,

Observando que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue aprobada por la Comisión en su 29.º período de sesiones después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas,

Estimando que la aprobación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella,

Expresa su agradecimiento a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que figura como anexo de la presente resolución y por haber preparado la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo;

Recomienda que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;

Recomienda también que no se escatimen esfuerzos para velar por que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.

85a. Sesión plenaria 16 de diciembre de 1996 Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico

[Original: árabe, chino, español, francés, inglés, ruso]

Primera parte. Comercio electrónico en general

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación*

La presente Ley** será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto***de actividades comerciales****.

* La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen limitar el ámbito de aplicación de la presente Ley a los mensajes de datos internacionales:
La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que sea conforme a la definición del párrafo 1) del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional.

** La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

*** La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación de la presente Ley:
La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en las situaciones siguientes: [...].

**** El término "comercial" deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje ("factoring"); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias;

de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Artículo 2. Definiciones
Para los fines de la presente Ley:

a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;
c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;
d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;
e) Por "intermediario", en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;
f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Artículo 3. Interpretación

I) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
III) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

1) Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo.
2) Lo dispuesto en el párrafo 1) no afectará a ningún derecho de que gocen las partes para modificar de común acuerdo alguna norma jurídica a la que se haga referencia en el capítulo II.

Capítulo II. Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 5 bis. Incorporación por remisión(En la forma aprobada por la Comisión en su 31.º período de sesiones, en junio de 1998)
No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

Artículo 6. Escrito

I) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.
II) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.
III) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 7. Firma

I) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

II) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

III) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 8. Original

I) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;

b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

II) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.

III) Para los fines del inciso a) del párrafo 1):

a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y

b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

IV) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 9. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos:

a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o

b) Por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

II) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Artículo 10. Conservación de los mensajes de datos

I) Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta; y
b) Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y
c) Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

II) La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

III) Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1), siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1).

Capítulo III. Comunicación de los mensajes de datos

Artículo 11. Formación y validez de los contratos

I) En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de

haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

II) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 12. Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

I) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

II) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 13. Atribución de los mensajes de datos

I) Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador.

II) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado:

a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o

b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

III) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y a actuar en consecuencia, cuando:

a) Para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin; o

b) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.

IV) El párrafo 3) no se aplicará:

a) A partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el iniciador de que el mensaje de datos no provenía del iniciador y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia; o

b) En los casos previstos en el inciso b) del párrafo 3), desde el momento en que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos no provenía del iniciador.

V) Siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se entienda que proviene de él, o siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá actuar en consecuencia. El destinatario no gozará de este derecho si sabía, o hubiera sabido de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que la transmisión había dado lugar a algún error en el mensaje de datos recibido.

VI) El destinatario tendrá derecho a considerar que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos separado y a actuar en consecuencia, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos era un duplicado.

Artículo 14. Acuse de recibo

I) Los párrafos 2) a 4) del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos.

II) Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o
b) Todo acto del destinatario, que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

III) Cuando el iniciador haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo.

IV) Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos

estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, en un plazo razonable el iniciador:

a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y
b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.

V) Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.
VI) Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.
VII) Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.

Artículo 15. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

I) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.
II) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

I) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o
II) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;
b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recep-

ción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

III) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4).

IV) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;
b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

V) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Segunda parte. Comercio electrónico en materias específicas

Capítulo I. Transporte de mercancías

Artículo 16. Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías

Sin perjuicio de lo dispuesto en la parte I de la presente Ley, el presente capítulo será aplicable a cualquiera de los siguientes actos que guarde relación con un contrato de transporte de mercancías, o con su cumplimiento, sin que la lista sea exhaustiva:

a) ...

I) Indicación de las marcas, el número, la cantidad o el peso de las mercancías;
II) Declaración de la índole o el valor de las mercancías;
III) Emisión de un recibo por las mercancías;
IV) Confirmación de haberse completado la carga de las mercancías;

b) ...

I) Notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones del contrato;

II) Comunicación de instrucciones al portador;

c) ...

I) Reclamación de la entrega de las mercancías;

II) Autorización para proceder a la entrega de las mercancías;

III) Notificación de la pérdida de las mercancías o de los daños que hayan sufrido;

d) Cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato;

e) Promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar esa entrega; f) concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías; g) adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.

Artículo 17. Documentos de transporte

I) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3), en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 se lleve a cabo por escrito o mediante un documento que conste de papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos.

II) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no se lleve a cabo el acto por escrito o mediante un documento.

III) Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío, o la utilización, de un documento, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos.

IV) Para los fines del párrafo 3), el nivel de fiabilidad requerido será determina-

do a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

V) Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes.

VI) Cuando se aplique obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia, en un documento, esa norma no dejará de aplicarse a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento.

VII) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Guía para la incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico

Finalidad de la presente guía

Al preparar y dar su aprobación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante "la Ley Modelo"), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo presente que la Ley Modelo ganaría en eficacia para los Estados que fueran a modernizar su legislación si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información de antecedentes y explicativa que les ayudara eventualmente a aplicar la Ley Modelo. La Comisión era además consciente de la probabilidad de que la Ley Modelo fuera aplicada por algunos Estados poco familiarizados con las técnicas de comunicación reguladas en la Ley Modelo. La presente guía, que en gran

parte está inspirada en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, servirá también para orientar a los usuarios de los medios electrónicos de comunicación en los aspectos jurídicos de su empleo, así como a los estudiosos en la materia. En la preparación de la Ley Modelo se partió del supuesto de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la Ley Modelo sino en la Guía que había de orientar a los Estados en la incorporación de su régimen al derecho interno. En la información presentada en la Guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la Ley Modelo enuncian los rasgos mínimos esenciales de toda norma legal destinada a lograr los objetivos de la Ley Modelo. Esa información puede también ayudar a los Estados a determinar si existe alguna disposición de la Ley Modelo que tal vez convenga modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular.

Introducción a la ley modelo

Objetivos

El recurso a los modernos medios de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la INTERNET y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica. No obstante, la comunicación de datos de cierta trascendencia jurídica en forma de mensajes sin soporte de papel pudiera verse obstaculizada por ciertos impedimentos legales al empleo de mensajes electrónicos, o por la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes. La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de "comercio electrónico". Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayu-

darán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico.

La decisión de la CNUDMI de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico se debe a que el régimen aplicable en ciertos países a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto en ese régimen las modalidades propias del comercio electrónico. En algunos casos, la legislación vigente impone o supone restricciones al empleo de los modernos medios de comunicación, por ejemplo, por haberse prescrito el empleo de documentos "originales", "manuscritos" o "firmados". Si bien unos cuantos países han adoptado reglas especiales para regular determinados aspectos del comercio electrónico, se hace sentir en todas partes la ausencia de un régimen general del comercio electrónico. De ello puede resultar incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en otra forma que no sea la de un documento tradicional sobre papel. Además, la necesidad de un marco legal seguro y de prácticas eficientes se hace sentir no sólo en aquellos países en los que se está difundiendo el empleo del EDI y del correo electrónico sino también en otros muchos países en los que se ha difundido el empleo del fax, el télex y otras técnicas de comunicación parecidas.

Además, la Ley Modelo puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanan del hecho de que un régimen legal interno inadecuado puede obstaculizar el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de la utilización de las modernas técnicas de comunicación. La diversidad de los regímenes internos aplicables a esas técnicas de comunicación y la incertidumbre a que dará lugar esa disparidad pueden contribuir a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales.

Además, la Ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un

medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.

Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos por la Ley Modelo para todo supuesto en el que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación, un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.

Ámbito de aplicación

El título de la Ley Modelo habla de "comercio electrónico". Si bien en el artículo 2 se da una definición del "intercambio electrónico de datos (EDI)", la Ley Modelo no especifica lo que se entiende por "comercio electrónico". Al preparar la Ley Modelo, la Comisión decidió que, al ocuparse del tema que tenía ante sí, se atendría a una concepción amplia del EDI que abarcara toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podrían designarse por el amplio término de

"Comercio Electrónico" (véase A/CN.9/360, párrs. 28 y 29), aunque otros términos descriptivos sirvieran igual de bien. Entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de "comercio electrónico" cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la INTERNET. Se señaló también que, en algunos casos, la noción de "comercio electrónico" sería utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax.

Conviene destacar que si bien es cierto que al redactarse la Ley Modelo se tuvo siempre presente las técnicas más modernas de comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax. En algunos casos, un mensaje en formato numérico expedido inicialmente en forma de mensaje EDI normalizado será transformado, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido a través de una terminal informática o en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI. Una de las características del comercio electrónico es la de que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel. Todos estos supuestos están previstos por la Ley Modelo, que responde así a la necesidad en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico de poder contar con un régimen coherente que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo.

Los objetivos de la Ley Modelo serán mejor logrados cuanto mayor sea su aplicación. Por ello, aun cuando la Ley Modelo prevé la posibilidad de que se excluyan ciertos supuestos del ámbito de aplicación de los artículos 6, 7, 8, 11, 12, 15 y 17, todo Estado que adopte su régimen podrá decidir no imponer en su derecho interno ninguna restricción importante al ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

Cabe considerar a la Ley Modelo como un régimen especial bien definido y equilibrado que se recomienda incorporar al derecho interno en forma de norma unitaria de rango legal. Ahora bien, según cuál sea la situación interna de cada Estado, procederá incorporar el régimen de la Ley Modelo en una o en varias normas de rango legal (véase más adelante, el párr. 143).

Estructura

La Ley Modelo está dividida en dos partes, la primera regula el comercio electrónico en general y la segunda regula el empleo de ese comercio en determinadas ramas de actividad comercial. Cabe señalar que la segunda parte de la Ley Modelo, que se ocupa del comercio electrónico en determinadas esferas consta únicamente del capítulo I dedicado a la utilización del comercio electrónico en el transporte de mercancías. En el futuro tal vez sea preciso regular otras ramas particulares del comercio electrónico, por lo que se ha de considerar a la Ley Modelo como un instrumento abierto destinado a ser complementado por futuras adiciones.

12. La CNUDMI tiene previsto mantenerse al corriente de los avances técnicos, jurídicos y comerciales que se produzcan en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. De juzgarlo aconsejable, la Comisión podría decidir introducir nuevas disposiciones modelo en el texto de la Ley Modelo o modificar alguna de las disposiciones actuales.

Una ley "*marco*" que habrá de ser completada por un reglamento técnico

La Ley Modelo tiene por objeto enunciar los procedimientos y principios básicos para facilitar el empleo de las técnicas modernas de comunicación para consignar y comunicar información en diversos tipos de circunstancias. No obstante, se trata de una ley "marco" que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esas técnicas de comunicación en la práctica. Además, la Ley Modelo no tiene por objeto regular todos los pormenores del empleo del comercio electrónico. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee dictar un reglamento para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo a la luz de las circunstancias peculiares y posiblemente variables de ese Estado, pero sin merma de los objetivos de la Ley Modelo. Se recomienda que todo Estado, que decida reglamentar más en detalle el empleo de estas técnicas, procure no perder de vista la necesidad de mantener la encomiable flexibilidad del régimen de la Ley Modelo.

Cabe señalar que, además de plantear cuestiones de procedimiento que tal vez hayan de ser resueltas en el reglamento técnico de aplicación de la ley, las técnicas para consignar y comunicar información consideradas en la Ley Modelo pueden plantear ciertas cuestiones jurídicas cuya solución no ha de buscarse en la Ley Modelo, sino más bien en otras normas de derecho interno, como serían las normas eventualmente aplicables de derecho administrativo, contractual, penal o procesal, las cuales quedan fuera del ámbito asignado a la Ley Modelo.

Criterio del "equivalente funcional"

La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios mo- dernos de comunicación. En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de "escrito", "firma" y "original" con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se señaló que la Ley Modelo debería permitir a los Estados

Adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla.

Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "criterio del 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 con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; 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. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del "equivalente funcional", se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un "requisito mínimo") no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de "escrito firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado".

La Ley Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un men-

saje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.

Reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo

La decisión de emprender la preparación de la Ley Modelo está basada en el reconocimiento de que, en la práctica, la solución de la mayoría de las dificultades jurídicas suscitadas por el empleo de los modernos medios de comunicación suele buscarse por vía contractual. La Ley Modelo enuncia en el artículo 4 el principio de la autonomía de las partes respecto de las disposiciones del capítulo III de la primera parte. El capítulo III incorpora ciertas reglas que aparecen muy a menudo en acuerdos concertados entre las partes, por ejemplo, en acuerdos de intercambio de comunicaciones o en el "reglamento de un sistema de información" o red de comunicaciones. Conviene tener presente que la noción de "reglamento de un sistema" puede abarcar dos tipos de reglas, a saber, las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y las reglas especiales que puedan ser incorporadas a esas condiciones generales para regular la relación bilateral entre ciertos iniciadores y destinatarios de mensajes de datos. El artículo 4 (y la noción de "acuerdo" en él mencionada) tiene por objeto abarcar ambos tipos de reglas.

Las reglas enunciadas en el capítulo III de la primera parte pueden servir de punto de partida a las partes cuando vayan a concertar esos acuerdos. Pueden también servir para colmar las lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales. Además, cabe considerar que esas reglas fijan una norma de conducta mínima para el intercambio de mensajes de datos en casos en los que no se haya concertado acuerdo alguno para el intercambio de comunicaciones entre las partes, por ejemplo, en el marco de redes de comunicación abiertas.

Las disposiciones que figuran en el capítulo II de la primera parte son de distinta naturaleza. Una de las principales finalidades de la Ley Modelo es facilitar el empleo de las técnicas de comunicación modernas, dotando al empleo de dichas técnicas de la certeza requerida por el comercio cuando la normativa por lo demás aplicable cree obstáculos a dicho empleo o sea fuente de incertidumbres que no puedan eliminarse mediante estipulaciones contractuales. Las disposiciones del capítulo II pueden, en cierta medida, considerarse como un conjunto de excepciones al régimen tradicionalmente aplicable a la forma de las operaciones jurídicas. Ese régimen tradicional acostumbra a ser de carácter imperativo, por reflejar, en general, decisiones inspiradas en principios de orden público interno. Debe considerarse que las reglas enunciadas en el capítulo II expresan el "mínimo aceptable" en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, por lo que deberán ser tenidas por imperativas, salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario. El hecho de que esos requisitos de forma deban ser considerados como el "mínimo aceptable" no debe, sin embargo, ser entendido como una invitación a establecer requisitos más estrictos que los enunciados en la Ley Modelo.

Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI

En el marco de sus 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 la CNUDMI, o que estén considerando dar su adhesión a algún convenio de derecho mercantil internacional preparado por la CNUDMI.

Puede pedirse a la secretaría, cuya dirección se indica a continuación, más información acerca de la Ley Modelo, así como sobre la Guía y sobre otras leyes modelos y convenios preparados por la CNUDMI. La secretaría agradecerá cualquier observación que reciba sobre la Ley Modelo y la Guía, así como sobre la promulgación de cualquier norma legal basada en la Ley Modelo.

Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas Centro Internacional de Viena, Apartado Postal 500 A-1400, Viena, Austria

Teléfono: (43-1) 26060-4060 ó 4061 Fax: (43-1) 26060-5813 ó (43-1) 263 3389 Télex: 135612 uno a Correo-e: uncitral@unov.un.or.at Dirección de Internet: http://www.un.or.at/uncitral

Observaciones artículo por artículo

Primera parte. Comercio Electrónico en general

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La finalidad del artículo 1, que debe leerse conjuntamente con la definición de "mensaje de datos" en el artículo 2 a), es demarcar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. En la Ley Modelo se han querido abarcar, en principio, todas las situaciones de hecho en que se genera, archiva o comunica información, con independencia de cuál sea el soporte en el que se consigne la información. Durante la preparación de la Ley Modelo se consideró que si se excluía alguna forma o algún soporte posible limitando así el alcance de la Ley Modelo, surgirían dificultades prácticas y se incumpliría el objetivo de formular reglas verdaderamente aptas para cualquier soporte electrónico. Ahora bien, el régimen de la Ley Modelo ha sido concebido especialmente para los medios de comunicación cuyo soporte "no sea el papel" y, salvo que su texto disponga expresamente otra cosa, la Ley Modelo no tiene por objeto modificar ninguna regla tradicionalmente aplicable a las comunicaciones sobre soporte de papel.

Se opinó, además, que la Ley Modelo debería indicar que estaba concebida para regular los tipos de situaciones que se dan en la esfera comercial y que había sido formulada pensando en las relaciones comerciales. Por esta razón, en el artículo 1 se habla de "actividades comerciales" y en la nota de pie de página **** se explica lo que debe entenderse por ello. Esas indicaciones, que pueden ser particularmente útiles para los países que carecen de un

cuerpo especial de derecho mercantil, están inspiradas, por razones de coherencia, en la nota de pie de página correspondiente al artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. En ciertos países, el uso de notas de pie de página en un texto legislativo no se consideraría una práctica legislativa aceptable. Así pues, las autoridades nacionales que incorporen la Ley Modelo podrían estudiar la posible inclusión del texto de las notas de pie de página en el cuerpo de la ley propiamente dicha.

La Ley Modelo es aplicable a todos los tipos de mensajes de datos que puedan generarse, archivarse o comunicarse, y nada en la Ley Modelo debería impedir a un Estado que al aplicarla ampliara su alcance a aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, si bien la Ley Modelo no está especialmente concebida para regular las relaciones entre los usuarios del comercio electrónico y las autoridades públicas, ello no quiere decir que la Ley Modelo no sea aplicable a dichas relaciones. En la nota de pie de página *** se sugieren algunas variantes que podrían utilizar los Estados que al incorporar la Ley Modelo estimen apropiado extender su ámbito de aplicación más allá de la esfera comercial.

Algunos países disponen de leyes especiales para la protección del consumidor que pueden regular ciertos aspectos del empleo de los sistemas de información. Con respecto a esa legislación protectora del consumidor, al igual que en anteriores instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito), se estimó que debería indicarse en la Ley Modelo que no se había prestado particular atención en su texto a las cuestiones que podrían suscitarse en el contexto de la protección del consumidor. Se opinó, al mismo tiempo, que no había motivo para excluir del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, por medio de una disposición general al efecto, las situaciones que afectaran a consumidores, ya que pudiera estimarse que el régimen de la Ley Modelo resulta adecuado para los fines de la protección del consumidor, al menos en el marco de la normativa aplicable en algunos Estados. En la nota ** se reconoce que la legislación protectora del consumidor puede gozar de prelación sobre el régimen de la Ley Modelo. El legislador deberá tal vez considerar si la ley por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno ha de ser o no aplicable a los consumidores. La determinación de las personas físicas o

jurídicas que han de ser tenidas por "consumidores" es una cuestión que se deja al arbitrio de la norma de derecho interno aplicable al efecto.

La primera nota de pie de página prevé otra posible limitación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo. En principio, la Ley Modelo es aplicable al empleo tanto nacional como internacional de los mensajes de datos. El texto de la nota de pie de página * podrá ser utilizado por todo Estado que desee limitar la aplicabilidad de la Ley Modelo a los casos internacionales. La nota contiene un criterio de internacionalidad al que podrán recurrir dichos Estados para distinguir los casos internacionales de los nacionales. Cabe advertir, sin embargo, que en algunas jurisdicciones, especialmente en Estados federales, podría ser muy difícil distinguir el comercio internacional del comercio nacional. No debe interpretarse esta nota como si alentara a los Estados que incorporen la Ley Modelo a su derecho interno a limitar su aplicabilidad a los casos internacionales.

Se recomienda ampliar lo más posible el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Convendría, en particular, que el ámbito de aplicación de la Ley Modelo no quedara reducido a los mensajes de datos internacionales, ya que puede considerarse que esa limitación menoscabaría los objetivos de la Ley Modelo. Además, la diversidad de los procedimientos previstos en la Ley Modelo (particularmente en los artículos 6 a 8) para limitar el empleo de mensajes de datos si es necesario (por ejemplo, por motivos de orden público) puede hacer innecesario limitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Dado que la Ley Modelo contiene diversos artículos (artículos 6, 7, 8, 11, 12, 15 y 17) que otorgan cierto grado de flexibilidad a los Estados que la incorporen a su derecho interno para limitar el ámbito de aplicación de determinados aspectos de dicha Ley, no debería ser necesario restringir el ámbito de aplicación de su régimen al comercio internacional. Cabe señalar asimismo que sería difícil dividir las comunicaciones relacionadas con el comercio internacional en secciones puramente internas o puramente internacionales. La certeza jurídica que se espera obtener de la Ley Modelo es necesaria para el comercio tanto nacional como internacional, y una dualidad de regímenes para la utilización de los medios electrónicos de consignación y comunicación de datos podría crear un grave obstáculo para el empleo de esos medios.

Referencias:[2]

A/50/17, párrs. 213 a 219; A/CN.9/407, párrs. 37 a 40; A/CN.9/406, párrs. 80 a 85; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 1; A/CN.9/390, párrs. 21 a 43; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 1; A/CN.9/387, párrs. 15 a 28; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 1; A/CN.9/373, párrs. 21 a 25 y 29 a 33; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 15 a 20.

Artículo 2. Definiciones

"Mensaje de datos"

El concepto de "mensaje de datos" no se limita a la comunicación sino que pretende también englobar cualquier información consignada sobre un soporte informático que no esté destinada a ser comunicada. Así pues, el concepto de "mensaje" incluye el de información meramente consignada. No obstante nada impide que, en los ordenamientos jurídicos en que se estime necesario, se añada una definición de "información consignada" que recoja los elementos característicos del "escrito" en el artículo 6.

La referencia a "medios similares" pretende reflejar el hecho de que la Ley Modelo no está únicamente destinada a regir las técnicas actuales de comunicación, sino que pretende ser apta para acomodar todos los avances técnicos previsibles. La definición de "mensaje de datos" está formulada en términos por los que se trata de abarcar todo tipo de mensajes generados, archivados o comunicados en alguna forma básicamente distinta del papel. Por ello, al hablar de "medios similares" se trata de abarcar cualquier medio de comunicación y archivo de información que se preste a ser utilizado para alguna de las funciones desempeñadas por los medios enumerados en la definición, aunque, por ejemplo, no cabe decir que un medio "óptico" de comunicación sea estrictamente similar a un medio "electrónico". Para los fines de la Ley Modelo, el término "similar" denota la noción de "equivalente funcional".

La definición de "mensaje de datos" pretende abarcar también el supuesto de la revocación o modificación de un mensaje de datos. Se supone que el contenido de un mensaje de datos es invariable, pero ese mensaje puede ser revocado o modificado por otro mensaje de datos.

"Intercambio Electrónico de Datos (EDI)"

La definición de EDI está tomada de la definición adoptada por el Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales (WP.4) de la Comisión Económica para Europa, que es el órgano de las Naciones Unidas que se encarga de elaborar las normas técnicas Naciones Unidas/EDIFACT.

La Ley Modelo no resuelve la cuestión de si la definición de EDI supone necesariamente que un mensaje EDI ha de ser comunicado electrónicamente de una terminal informática a otra, o de si esa definición, si bien se refiere básicamente a situaciones en las que se comunica un mensaje de datos a través de un sistema de telecomunicaciones, se refiere también a otros supuestos excepcionales u ocasionales en los que se comunican datos estructurados en forma de un mensaje EDI por algún medio que no suponga el recurso a un sistema de telecomunicaciones, por ejemplo, de enviarse por correo al destinatario un disco magnético que contenga mensajes EDI. Sin embargo, con independencia de que la definición de "EDI" sea o no aplicable a la entrega manual de datos consignados en forma numérica, la definición de "mensaje de datos" de la Ley Modelo sí es aplicable a ese supuesto.

"Iniciador" y "Destinatario"

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se utiliza la noción de "persona" para designar a los titulares de derechos y obligaciones y debe ser entendida en el sentido de abarcar tanto a la persona natural como a las sociedades legalmente constituidas o demás personas jurídicas. Se ha previsto que el inciso c) sea aplicable a los mensajes de datos que sean generados automáticamente en una terminal informática o computadora sin intervención humana directa. Ello no debe entenderse, sin embargo en el sentido de que la Ley Modelo autorice la atribución de la titularidad de derechos y obligaciones a una terminal informática. Los mensajes de datos generados automáticamente en una terminal informática sin intervención humana directa deberán ser considerados como "iniciados" por la persona jurídica en cuyo nombre se haya programado la terminal informática. Toda cuestión relativa a la repre-

sentación o al mandato que se suscite a ese respecto deberá ser resuelta por la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo.

En el marco de la Ley Modelo, por "destinatario" se ha de entender la persona con la cual el iniciador tiene la intención de comunicarse mediante la transmisión del mensaje de datos, por oposición a cualquier persona que pudiera recibir, retransmitir o copiar el mensaje de datos en el curso de la transmisión. El "iniciador" es la persona que genera el mensaje de datos aun si el mensaje ha sido transmitido por otra persona. La definición de "destinatario" contrasta con la definición de "iniciador", que no hace hincapié en la intención. Cabe señalar que, conforme a estas definiciones de "iniciador" y "destinatario", el iniciador y el destinatario de un determinado mensaje de datos podrían ser una y la misma persona, por ejemplo en el caso en que el autor del mensaje de datos lo hubiera generado con la intención de archivarlo. Sin embargo, el destinatario que archiva un mensaje transmitido por un iniciador no queda incluido dentro de la definición de "iniciador".

La definición de "iniciador" debe tenerse por aplicable no sólo al supuesto en el que se genere información para ser comunicada, sino también al supuesto de que se genere información simplemente para ser archivada. Sin embargo, se ha definido "iniciador" en términos destinados a eliminar la posibilidad de que un destinatario de un mensaje de datos que se limita a archivar ese mensaje pueda ser considerado como iniciador del mismo.

"Intermediario"

La Ley Modelo se centra en la relación entre el iniciador y el destinatario, y no en la relación entre el iniciador o el destinatario y uno o más intermediarios. No obstante, la Ley Modelo no desestima la importancia primordial de los intermediarios en las comunicaciones electrónicas. Además, se necesita la noción de "intermediario" en la Ley Modelo para establecer la necesaria distinción entre iniciadores o destinatarios y terceros.

La definición de "intermediario" pretende abarcar a los intermediarios profesionales y no profesionales, es decir, a cualquier persona, distinta del iniciador y del destinatario, que desempeñe cualquiera de las funciones de un intermediario. Las principales funciones de un intermediario vienen enunciadas en el inciso e), a saber,

la recepción, transmisión y archivo de mensajes de datos por cuenta de otra persona. Los operadores de las redes y otros intermediarios pueden prestar servicios adicionales "con valor añadido" como los de formatear, traducir, consignar, autenticar, certificar y archivar los mensajes de datos y prestar además servicios de seguridad respecto de las operaciones electrónicas. Con arreglo a la Ley Modelo, "intermediario" no se define como categoría genérica sino con respecto a cada mensaje de datos, con lo que se reconoce que la misma persona podría ser el iniciador o el destinatario de un mensaje de datos y ser un intermediario respecto de otro mensaje de datos. La Ley Modelo, que se centra en las relaciones entre iniciadores y destinatarios, no trata en general de los derechos y obligaciones de los intermediarios.

"Sistema de información"

La definición de "sistema de información" pretende englobar toda la gama de medios técnicos empleados para transmitir, recibir y archivar información. Por ejemplo, en algunos casos, un "sistema de información" podría referirse a una red de comunicaciones, y en otros casos podría referirse a un buzón electrónico o incluso a una telecopiadora. La Ley Modelo no aborda la cuestión de si el sistema de información está ubicado en un local del destinatario o en algún otro sitio, ya que la ubicación del sistema de información no es un criterio al que se recurra en la Ley Modelo.

Referencias:

A/51/17, párrs. 116 a 138; A/CN.9/407, párrs. 41 a 52; A/CN.9/406, párrs. 132 a 156; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 2; A/CN.9/390, párrs. 44 a 65; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 2; A/CN.9/387, párrs. 29 a 52; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 1; A/CN.9/373, párrs. 11 a 20, 26 a 28 y 35 a 36; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 23 a 26; A/CN.9/360, párrs. 29 a 31; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 25 a 33.

Artículo 3. Interpretación

El artículo 3 está inspirado por el artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Este artículo ofrece orientación a los tribunales y otras autoridades nacionales o locales para la interpretación de la Ley Modelo. El efecto

previsto del artículo 3 sería el de limitar la interpretación del régimen uniforme, una vez incorporado a la legislación local, en función únicamente de los conceptos del derecho local.

La finalidad del párrafo 1) es señalar a los tribunales y a otras autoridades nacionales que las disposiciones de la Ley Modelo (o las disposiciones de la ley por la que se incorpora su régimen al derecho interno), que si bien se promulgarían como parte de la legislación nacional y, en consecuencia, tendrían carácter interno, deben ser interpretadas con referencia a su origen internacional, a fin de velar por la uniformidad de su interpretación en distintos países.

Con respecto a los principios generales en que se basa la Ley Modelo, cabe tener en cuenta la siguiente lista no exhaustiva: 1) facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales; 2) validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia; y 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales. Si bien la finalidad general de la Ley Modelo es la de facilitar el empleo de los medios electrónicos de comunicación, conviene tener presente que su régimen no trata de imponer en modo alguno el recurso a estos medios de comunicación.

Referencias:

A/50/17, párrs. 220 a 224; A/CN.9/407, párrs. 53 y 54; A/CN.9/406, párrs. 86 y 87; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 3; A/CN.9/390, párrs. 66 a 73; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 3; A/CN.9/387, párrs. 53 a 58; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 3; A/CN.9/373, párrs. 38 a 42; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 30 y 31.

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

La decisión de preparar una ley modelo partió del reconocimiento de que, en la práctica, se acostumbra a buscar por vía contractual la solución de las dificultades jurídicas planteadas por el empleo de los medios modernos de comunicación. La Ley Modelo apoya, por ello, el principio de la autonomía contractual de las partes. Ahora bien, este principio se enuncia únicamente respecto de las disposiciones que figuran en el capítulo III de la primera parte de la Ley Modelo. Ello se debe a que, las disposiciones del capítulo II de la primera parte constituyen, en cierto modo, un conjunto de excepciones a las reglas tradicionalmente aplicables a la forma de las operaciones jurídicas. Esas

reglas suelen ser de derecho imperativo ya que reflejan decisiones inspiradas en motivos de orden público de derecho interno. Por ello, una declaración sin más de la autonomía contractual de las partes respecto de las disposiciones de la Ley Modelo podría ser erróneamente entendida como facultando a las partes para sustraerse por vía contractual a la observancia de reglas de derecho imperativo inspiradas en razones de orden público. Debe considerarse que las disposiciones del capítulo II enuncian el requisito mínimo aceptable en materia de forma de los actos jurídicos, por lo que deberán ser consideradas como de derecho imperativo, salvo que se disponga en ellas expresamente otra cosa. La indicación de que esos requisitos de forma han de ser considerados como el "mínimo aceptable" no deberá ser, sin embargo, entendida como una invitación a establecer requisitos de forma más estrictos en el derecho interno que los enunciados en la Ley Modelo.
El artículo 4 ha de ser aplicable no sólo en el contexto de las relaciones entre iniciadores y destinatarios de mensajes de datos sino también en el contexto de las relaciones con intermediarios. Por tanto, las partes podrán sustraerse al régimen peculiar del capítulo III de la primera parte concertando al efecto un acuerdo bilateral o multilateral. No obstante, el texto limita expresamente los efectos de esa autonomía de las partes a los derechos y obligaciones que surjan entre ellas mismas, a fin de no sugerir posibles efectos de su acuerdo sobre los derechos y obligaciones de terceros.

Referencias:

A/51/17, párrs. 68, 90 a 93, 110, 137, 188 y 207 (artículo 10); A/50/17, párrs. 271 a 274 (artículo 5); A/CN.9/407, párr. 85; A/CN.9/406, párrs. 88 y 89; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 5; A/CN.9/390, párrs. 74 a 78; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 5; A/CN.9/387, párrs. 62 a 65; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 5; A/CN.9/373, párr. 37; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 27 a 29.

CAPÍTULO II. Aplicación de los requisitos legales a los mensajes de datos

Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

El artículo 5 enuncia el principio fundamental de que los mensajes de datos no deben ser objeto de discriminación, es decir, de que esos mensajes debe-

rán ser tratados sin disparidad alguna respecto de los documentos consignados sobre papel. Este principio debe ser aplicable aun cuando la ley exija la presentación de un escrito o de un original. Se trata de un principio de aplicación general, por lo que no debe limitarse su alcance a la práctica de la prueba o a otras cuestiones mencionadas en el capítulo II. Conviene recordar, sin embargo, que dicho principio no pretende anular ninguno de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 10. Al disponer que "no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria (en los textos francés e inglés "fuerza ejecutoria", por ejemplo, del texto de una sentencia) a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos", el artículo 5 se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información. Ahora bien, no debe interpretarse erróneamente el artículo 5 como si fuera un texto por el que se conceda validez jurídica a todo mensaje de datos o a todo dato en él consignado.

Referencias:

A/51/17, párrs. 92 y 97 (artículo 4); A/50/17, párrs. 225 a 227; A/CN.9/407, párr. 55; A/CN.9/406, párrs. 91 a 94;A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 5 bis; A/CN.9/390, párrs. 79 a 87; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 5 bis; A/CN.9/387, párrs. 93 y 94.

Artículo 5 bis. Incorporación por remisión

El artículo 5 bis fue aprobado por la Comisión en su 31.º período de sesiones, en junio de 1998. Su finalidad es orientar acerca de la forma en que la legislación cuyo objetivo es facilitar la utilización del comercio electrónico puede regular una situación en la que tal vez sea necesario reconocer determinadas condiciones, aunque no se expresen íntegramente sino que exista una mera remisión a ellos en el mensaje de datos, otorgándoles el mismo grado de validez jurídica que si figurasen íntegramente en el texto del mensaje de datos. Este reconocimiento es aceptable conforme a la legislación de muchos Estados cuando se trata de comunicaciones escritas convencionales, por lo general en el contexto de ciertas normas de derecho que establecen salvaguardias, por ejemplo normas de protección del consumidor. La expre-

sión "incorporación por remisión" se utiliza a menudo como fórmula concisa para describir situaciones en las que un documento se refiere de manera genérica a disposiciones que se detallan en otro lugar, en vez de reproducirlas íntegramente.

En el ámbito electrónico, la incorporación por remisión se considera con frecuencia esencial para extender la utilización del intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, los certificados numéricos y otras formas de comercio electrónico. Por ejemplo, las comunicaciones electrónicas están estructuradas normalmente de tal forma que se intercambian grandes cantidades de mensajes, cada uno de ellos con un breve contenido de información, y basándose con mucha mayor frecuencia que los documentos escritos en remisiones a información que puede obtenerse en otro lugar. No debe someterse a los usuarios de las comunicaciones electrónicas a la engorrosa obligación de sobrecargar sus mensajes de datos con abundante texto si pueden aprovechar fuentes externas de información, como bases de datos, glosarios o listas de códigos, y utilizar abreviaturas, códigos y otras remisiones a dicha información.

Las normas para incorporar por remisión mensajes de datos a otros mensajes de datos pueden ser también fundamentales para la utilización de certificados de clave pública, ya que estos certificados son generalmente anotaciones breves con contenidos estrictamente establecidos y tamaño definido. No obstante, es probable que el tercero de confianza que emite el certificado exija la inclusión de condiciones contractuales pertinentes que limiten su responsabilidad. Por ello, el ámbito, la finalidad y el efecto de un certificado en la práctica comercial serían ambiguos e inciertos de no incorporarse por remisión condiciones externas. Así ocurre especialmente en el marco de comunicaciones internacionales en las que intervienen varias partes que actúan conforme a costumbres y prácticas comerciales diversas.

46-4. El establecimiento de normas para la incorporación por remisión de mensajes de datos a otros mensajes de datos es fundamental para fomentar una infraestructura comercial informatizada. Sin la seguridad jurídica que proporcionan esas normas, existiría un riesgo considerable de que las pruebas tradicionales para determinar la ejecutoriedad de las condiciones que se tratara de incorporar por remisión fueran ineficaces al aplicarse a las condiciones corres-

pondientes al comercio electrónico debido a las diferencias existentes entre los mecanismos del comercio tradicional y del comercio electrónico.

46-5. Si bien el comercio electrónico se basa principalmente en el mecanismo de la incorporación por remisión, el acceso al texto íntegro de la información a la que se remite puede mejorarse notablemente mediante la utilización de comunicaciones electrónicas. Por ejemplo, pueden incluirse en un mensaje localizadores uniformes de recursos, que dirijan al lector al documento de remisión. Dichos localizadores pueden proporcionar hiperenlaces que permitan al lector simplemente situar un mecanismo señalizador (como un ratón) sobre una palabra clave vinculada con un localizador uniforme de recursos. Aparecería entonces el texto de referencia. Al evaluar las posibilidades de acceso al texto de referencia deben tenerse en cuenta, entre otros factores, la disponibilidad (horas de funcionamiento del fondo en el que se encuentra la información y facilidad de acceso a éste); el costo del acceso; la integridad (verificación del contenido, autenticación del remitente, y mecanismos para la corrección de errores de comunicación), y la posibilidad de que dichas condiciones estén sujetas a posteriores modificaciones (notificación de actualizaciones; notificación de la política de modificaciones).

Uno de los objetivos del artículo 5 bis es facilitar la incorporación por remisión en el ámbito electrónico eliminando la incertidumbre que existe en muchas jurisdicciones con respecto a si las disposiciones que regulan la incorporación por remisión tradicional son aplicables a la incorporación por remisión en el ámbito electrónico. No obstante, al incorporar el artículo 5 bis al derecho interno, hay que procurar evitar que los requisitos que regulen la incorporación por remisión en el comercio electrónico sean más restrictivos que los ya existentes para el comercio con soporte de papel.

Otro de los objetivos de la disposición es reconocer que no debe interferirse en la legislación sobre protección del consumidor ni en otras leyes nacionales o internacionales de carácter imperativo (por ejemplo, las normas para proteger a la parte más débil en los contratos de adhesión). Este resultado puede obtenerse también dando validez a la incorporación por remisión en el ámbito electrónico "en la medida en que lo permita la ley", o enumerando las normas de derecho que no se ven afectadas por el artículo 5 bis. No debe interpretarse el artículo 5 bis en el sentido de que crea un régimen

jurídico específico para la incorporación por remisión en el ámbito electrónico. Conviene más bien entender que el artículo 5 bis, al establecer un principio de no discriminación, permite que las reglas internas aplicables a la incorporación por remisión con soporte de papel sean igualmente aplicables a la incorporación por remisión con fines de comercio electrónico. Por ejemplo, en una serie de jurisdicciones, las normas de derecho imperativo existentes sólo reconocen la incorporación por remisión si se cumplen las tres condiciones siguientes: a) la cláusula de remisión se inserta en el mensaje de datos; b) el documento de referencia, y concretamente sus condiciones generales, son conocidos realmente por la parte contra la que pueda esgrimirse el documento de referencia, y c) el documento de referencia es aceptado, además de ser conocido, por dicha parte.

Referencias

A/53/17, párrs. 212 a 221; A/CN.9/450; A/CN.9/446, párrs. 14 a 24; A/CN.9/WG.IV/WP.74; A/52/17, párrs. 248 a 250; A/CN.9/437, párrs. 151 a 155; A/CN.9/WP.71, párrs. 77 a 93; A/51/17, párrs. 222 y 223; A/CN.9/421, párrs. 109 y 114; A/CN.9/WG.IV/WP.69, párrs. 30, 53, 59, 60 y 91; A/CN.9/407, párrs. 100 a 105 y 117; A/CN.9/WG.IV/WP.66; A/CN.9/WG.IV/WP.65;A/CN.9/406, párrs. 90 y 178 a 179; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 109 a 113; A/CN.9/360, párrs. 90 a 95; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 77 y 78; A/CN.9/350, párrs. 95 y 96;A/CN.9/333, párrs. 66 a 68.

Artículo 6. Escrito

El artículo 6 tiene la finalidad de definir la norma básica que todo mensaje de datos deberá satisfacer para que pueda considerarse que satisface un requisito (legal, reglamentario o jurisprudencial) de que la información conste o sea presentada por escrito. Conviene señalar que el artículo 6 forma parte de una serie de tres artículos (artículos 6, 7 y 8) que comparten una misma estructura y que deben ser leídos conjuntamente.

Durante la preparación de la Ley Modelo se prestó particular atención a las funciones que tradicionalmente desempeñan diversos tipos de "escritos" consignados sobre papel. Por ejemplo, en la siguiente lista no exhaustiva se indican las razones por las cuales el derecho interno acostumbra a requerir la presentación de un "escrito": 1) dejar una prueba tangible de la

existencia y la naturaleza de la intención de las partes de comprometerse; 2) alertar a las partes ante la gravedad de las consecuencias de concluir un contrato; 3) proporcionar un documento que sea legible para todos; 4) proporcionar un documento inalterable que permita dejar constancia permanente de la operación; 5) facilitar la reproducción de un documento de manera que cada una de las partes pueda disponer de un ejemplar de un mismo texto; 6) permitir la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados; 7) proporcionar un documento presentable ante las autoridades públicas y los tribunales; 8) dar expresión definitiva a la intención del autor del "escrito" y dejar constancia de dicha intención; 9) proporcionar un soporte material que facilite la conservación de los datos en forma visible; 10) facilitar las tareas de control o de verificación ulterior para fines contables, fiscales o reglamentarios; y 11) determinar el nacimiento de todo derecho o de toda obligación jurídica cuya validez dependa de un escrito.

Sin embargo, al preparar la Ley Modelo se pensó que sería inadecuado adoptar una noción demasiado genérica de las funciones de un escrito. En los requisitos actuales por los que se requiere la presentación de ciertos datos por escrito, se combina a menudo esa noción de "escrito" con las nociones complementarias, pero distintas, de firma y original. Por ello, al adoptar un criterio funcional, debe prestarse atención al hecho de que el requisito de un "escrito" ha de ser considerado como el nivel inferior en la jerarquía de los requisitos de forma, que proporcionan a los documentos de papel diversos grados de fiabilidad, rastreabilidad e inalterabilidad. El requisito de que los datos se presenten por escrito (lo que constituye un "requisito de forma mínimo") no debe confundirse con requisitos más estrictos como el de "escrito firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado". Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos un documento escrito que no lleve ni fecha ni firma y cuyo autor no se identifique en el escrito o se identifique mediante un simple membrete, sería considerado como "escrito" pese a su escaso valor probatorio, en ausencia de otra prueba (p.ej., testifical) en lo tocante a la autoría del documento. Además, no debe considerarse que la noción de inalterabilidad sea un requisito absoluto inherente a la noción de escrito, ya que un documento escrito a lápiz podría ser considerado un "escrito" a tenor de algunas definiciones legales. Habida cuenta de cómo se resuel-

ven las cuestiones relativas a la integridad de los datos y a la protección contra el fraude en la documentación consignada sobre un soporte de papel, cabe decir que un documento fraudulento sería no obstante considerado como un "escrito". En general, conviene que las nociones de "valor probatorio" y de "intención (de las partes) de obligarse" sean tratadas en relación a las cuestiones más generales de la fiabilidad y autenticación de los datos, por lo que no deben incluirse en la definición de "escrito".

La finalidad del artículo 6 no es establecer el requisito de que, en todos los casos, los mensajes de datos deben cumplir todas las funciones concebibles de un escrito. En vez de concentrarse en funciones específicas de un "escrito", por ejemplo, su función probatoria en el contexto del derecho fiscal o su función de advertencia en el contexto del derecho civil, el artículo 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. En el artículo 5 esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta. Al emplear la palabra "accesible" se quiere sugerir que la información en forma de datos informatizados debe ser legible e interpretable y que debe conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible esa información. En la versión inglesa la palabra "usable" ("disponible"), sobreentendida en la versión española en la noción de accesibilidad no se refiere únicamente al acceso humano sino también a su procesamiento informático. En cuanto a la noción de "ulterior consulta", se prefirió a otras nociones como "durabilidad" o "inalterabilidad", que hubiesen establecido un criterio demasiado estricto, y a nociones como "legibilidad" o "inteligibilidad", que podrían constituir criterios demasiado subjetivos.

El principio en que se basan el párrafo 3) de los artículos 6 y 7 y el párrafo 4) del artículo 8 es que todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de estos artículos ciertas situaciones especificadas en la legislación por la que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno. Un Estado tal vez desee excluir expresamente ciertos tipos de situaciones, concretamente en función del propósito del requisito formal de que se trate. Una de estas situaciones podría ser la obligación de notificar por escrito ciertos riesgos de jure o de facto, por ejemplo, las precauciones que se han de observar con ciertos tipos de productos. También cabría excluir específicamente otras situaciones, por

ejemplo, en el contexto de las formalidades exigidas en virtud de las obligaciones contraídas por un Estado (por ejemplo, la exigencia de que un cheque se presente por escrito de conformidad con el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques, Ginebra, 1931) y otros tipos de situaciones y normas de su derecho interno que un Estado no pueda modificar por ley.

Se incluyó el párrafo 3) con el propósito de dar una mayor aceptabilidad a la Ley Modelo. En él se reconoce que la especificación de exclusiones debe dejarse en manos de cada Estado, a fin de respetar así mejor las diferentes circunstancias nacionales. No obstante, cabe señalar que si se recurre al párrafo 3) para hacer exclusiones generales ello puede minar los objetivos de la Ley Modelo, por lo que debe evitarse el peligro de abusar del párrafo 3) en ese sentido. De multiplicarse las exclusiones del ámbito de aplicación de los artículos 6 a 8, se obstaculizaría innecesariamente el desarrollo de las técnicas modernas de comunicación, ya que la Ley Modelo enuncia principios y criterios de índole básica que debieran ser generalmente aplicables.

Referencias:

A/51/17, párrs. 180 y 181; A/50/17, párrs. 228 a 241 (artículo 5); A/CN.9/407, párrs. 56 a 63; A/CN.9/406, párrs. 95 a 101;A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 6; A/CN.9/390, párrs. 88 a 96; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 6;A/CN.9/387, párrs. 66 a 80; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 6; A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo;A/CN.9/373, párrs. 45 a 62; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 36 a 49; A/CN.9/360, párrs. 32 a 43; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 37 a 45; A/CN.9/350, párrs. 68 a 78; A/CN.9/333, párrs. 20 a 28; A/CN.9/265, párrs. 59 a 72.

Artículo 7. Firma

El artículo 7 se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel. En la preparación de la Ley Modelo se tomaron en consideración las siguientes funciones de la firma: identificar a una persona; dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y asociar a esa persona con el contenido de un documento. Se observó que una firma podía desempeñar además diversas otras funciones, según la naturaleza del documento firmado.

Por ejemplo, podía demostrar la intención de una parte contractual de obligarse por el contenido del contrato firmado; la intención de una persona de reivindicar la autoría de un texto; la intención de una persona de asociarse con el contenido de un documento escrito por otra; y el hecho de que esa persona había estado en un lugar determinado, en un momento dado.

Cabe observar que, junto con la firma manuscrita tradicional, existen varios tipos de procedimientos (por ejemplo, estampillado, perforado), a veces denominados también "firmas", que brindan distintos grados de certeza. Por ejemplo, en algunos países existe el requisito general de que los contratos de compraventa de mercaderías por encima de cierto monto estén "firmados" para ser exigibles. Sin embargo, el concepto de la firma adoptado en ese contexto es tal que un sello, un perforado o incluso una firma mecanografiada o un membrete puede considerarse suficiente para satisfacer el requisito de la firma. En el otro extremo del espectro, existen requisitos que combinan la firma manuscrita tradicional con procedimientos de seguridad adicionales como la confirmación de la firma por testigos.

55. Podría ser recomendable desarrollar equivalentes funcionales para los distintos tipos y niveles de firmas requeridas existentes. Ese enfoque aumentaría el nivel de certidumbre en cuanto al grado de reconocimiento legal que podría esperarse del uso de los distintos tipos de autenticación utilizados en la práctica del comercio electrónico como sustitutos de la "firma". Sin embargo, la noción de firma está íntimamente vinculada con el empleo del papel. Además, cualquier esfuerzo por elaborar reglas sobre las normas y procedimientos que deberían utilizarse como sustitutos en casos específicos de "firmas" podría crear el riesgo de vincular irremisiblemente el régimen de la Ley Modelo a una determinada etapa del desarrollo técnico.

Para evitar que se niegue validez jurídica a un mensaje que deba autenticarse por el mero hecho de que no está autenticado en la forma característica de los documentos consignados sobre papel, el artículo 7 ofrece una fórmula general. El artículo define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que actualmente obstaculizan el comercio electrónico. El artículo 7 se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor

aprueba el contenido del documento. En el inciso a) del párrafo 1) se enuncia el principio de que, en las comunicaciones electrónicas, esas dos funciones jurídicas básicas de la firma se cumplen al utilizarse un método que identifique al iniciador de un mensaje de datos y confirme que el iniciador aprueba la información en él consignada.

El inciso b) del párrafo 1) establece un criterio flexible respecto del grado de seguridad que se ha de alcanzar con la utilización del método de identificación mencionado en el inciso a). El método seleccionado conforme al inciso a) del párrafo 1) deberá ser tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se consignó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de las circunstancias del caso, así como del acuerdo entre el iniciador y el destinatario del mensaje.

Para determinar si el método seleccionado con arreglo al párrafo 1) es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: 1) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2) la naturaleza de su actividad comercial; 3) la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4) el tipo y la magnitud de la operación; 5) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6) la capacidad de los sistemas de comunicación; 7) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; 8) la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; 9) la observancia de los usos y prácticas comerciales; 10) la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados; 11) la importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos; 12) la disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; 13) el grado de aceptación o no aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinente, tanto en el momento cuando se acordó el método como cuando se comunicó el mensaje de datos; y 14) cualquier otro factor pertinente.

59. El inciso b) del párrafo 1) no introduce ninguna distinción entre la situación en que los usuarios del comercio electrónico están vinculados por un acuerdo de comunicaciones y la situación en que las partes no tengan ninguna relación contractual previa relativa al empleo del comercio electrónico. Así pues, puede considerarse que el artículo 7 establece una norma mínima de autenticación para los mensajes de datos intercambiados en

ausencia de una relación contractual previa y, al mismo tiempo, da orientación sobre lo que eventualmente podría suplir la firma cuando las partes recurrieran a comunicaciones electrónicas en el contexto de un convenio de comunicaciones. Por consiguiente, la Ley Modelo tiene la finalidad de aportar una orientación útil cuando el derecho interno deje totalmente a la discreción de las partes la cuestión de la autenticación de los mensajes de datos y en un contexto en que los requisitos de firma, normalmente fijados por disposiciones imperativas de derecho interno, no puedan ser alterados mediante acuerdo entre las partes.

La noción de "cualquier acuerdo pertinente" debe interpretarse en el sentido de que engloba no sólo los acuerdos bilaterales o multilaterales concertados entre partes que intercambien directamente mensajes de datos (por ejemplo, "acuerdos entre socios comerciales") sino también los acuerdos de comunicaciones (por ejemplo, "contratos de servicios con terceros") en los que participen intermediarios, tales como los acuerdos con redes de comunicación. Los acuerdos entre los usuarios del comercio electrónico y las redes de comunicación puede que remitan a las reglas de la propia red, es decir, a los reglamentos y procedimientos administrativos y técnicos aplicables a la comunicación de mensajes de datos a través de la red. Sin embargo, un acuerdo eventual entre iniciadores y destinatarios de mensajes de datos en cuanto a la utilización de un método de autenticación no constituye de por sí prueba fehaciente de que ese método sea fiable.

Cabe señalar que con arreglo a la Ley Modelo, la mera firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje. La cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una firma deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo.

Referencias:

A/51/17, párrs. 180 y 181; A/50/17, párrs. 242 a 248 (artículo 6); A/CN.9/407, párrs. 64 a 70; A/CN.9/406, párrs. 102 a 105; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 7; A/CN.9/390, párrs.

97 a 109; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 7; A/CN.9/387, párrs. 81 a 90; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 7; A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo; A/CN.9/373, párrs. 63 a 76; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 50 a 63; A/CN.9/360, párrs. 71 a 75; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 61 a 66; A/CN.9/350, párrs. 86 a 89; A/CN.9/333, párrs. 50 a 59; A/CN.9/265, párrs. 49 a 58 y 79 y 80.

Artículo 8. Original

Si por "original" se entiende el soporte en el que por primera vez se consigna la información, sería imposible hablar de mensajes de datos "originales", pues el destinatario de un mensaje de datos recibiría siempre una copia del mismo. No obstante, el artículo 8 habría de verse en otro contexto. La noción de "original" en el artículo 8 es útil, pues en la práctica muchas controversias se refieren a la cuestión de la originalidad de los documentos y en el comercio electrónico el requisito de la presentación de originales es uno de los obstáculos principales que la Ley Modelo trata de suprimir. Aunque en algunas jurisdicciones pueden superponerse los conceptos de "escrito", "original" y "firma", la Ley Modelo los trata como conceptos separados y distintos. El artículo 8 también es útil para aclarar los conceptos de "escrito" y "original", dada particularmente su importancia a efectos probatorios.

El artículo 8 es pertinente para los documentos de titularidad y los títulos negociables, para los que la especificidad de un original es particularmente importante. Sin embargo, conviene tener presente que la finalidad de la Ley Modelo no es sólo su aplicación a los títulos de propiedad y títulos negociables ni a sectores del derecho en los que haya requisitos especiales con respecto a la inscripción o legalización de "escritos", como las cuestiones familiares o la venta de bienes inmuebles. Como ejemplos de documentos que tal vez requieran un "original", cabe mencionar documentos comerciales tales como certificados de peso, certificados agrícolas, certificados de calidad o cantidad, informes de inspección, certificados de seguro u otro. Esos documentos no son negociables y no se utilizan para transferir derechos o la titularidad, pero es esencial que sean transmitidos sin alteraciones, en su forma "original", para que las demás partes en el comercio internacional puedan tener confianza en su contenido. Cuando se trata de documentos escritos, los documentos de esa índole generalmente se aceptan únicamente si constituyen el "original", a fin

de reducir las posibilidades de que hayan sido alterados, cosa que sería difícil detectar en copias. Existen diversos procedimientos técnicos para certificar el contenido de un mensaje de datos a fin de confirmar su carácter de "original". Sin este equivalente funcional del carácter de original, se interpondrían obstáculos a la compraventa de mercaderías mediante la transmisión electrónica de datos si se exigiese a los iniciadores de los documentos correspondientes que retransmitiesen el mensaje de datos cada vez que se vendiesen las mercancías o se obligara a las partes a utilizar documentos escritos para complementar la operación efectuada por comercio electrónico.

Se debe considerar que el artículo 8 enuncia el requisito de forma mínimo para que un mensaje sea aceptable como el equivalente funcional de un original. Las disposiciones del artículo 8 deben ser consideradas como de derecho imperativo, en la misma medida en que sean consideradas de derecho imperativo las disposiciones actuales relativas a la utilización de documentos originales consignados sobre papel. La indicación de que se han de considerar los requisitos de forma enunciados en el artículo 8 como el "mínimo aceptable" no debe, sin embargo, ser entendido como una invitación a que los Estados establezcan requisitos de forma más severos que los enunciados en la Ley Modelo.

El artículo 8 subraya la importancia de la integridad de la información para su originalidad y fija criterios que deberán tenerse en cuenta al evaluar la integridad: la consignación sistemática de la información, garantías de que la información fue consignada sin lagunas y protección de los datos contra toda modificación. El artículo vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación y se centra en el método de autenticación que debe utilizarse para cumplir el requisito. El artículo se basa en los siguientes elementos: un criterio sencillo como el de la "integridad" de los datos; una descripción de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar esa integridad; y un elemento de flexibilidad, como, por ejemplo, una referencia a las circunstancias.

En cuanto a las palabras "el momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva", empleadas en el párrafo 1) a), cabe señalar que la disposición obedece al propósito de tener en cuenta la situación en que la información se hubiese compuesto primero como documento escrito para ser luego transferida a una terminal informática. En esa situación, el párrafo 1)

a) debe interpretarse en el sentido de exigir seguridades de que la información ha permanecido completa e inalterada desde el momento en que se compuso por primera vez como documento escrito y no solamente desde el momento en que se tradujo a formato electrónico. Sin embargo, cuando se creaban y almacenaban diversos borradores antes de componer el mensaje definitivo, no había que interpretar el párrafo 1) a) en el sentido de que exigiera seguridades en cuanto a la integridad de los borradores.

En el párrafo 3) a) se enuncian los criterios para evaluar la integridad, teniendo en cuidado de exceptuar las adiciones necesarias al primer mensaje de datos ("original"), como endosos, certificados, notarizaciones, etc. Mientras el contenido de un mensaje de datos sea completo y esté inalterado, las adiciones que sea necesario introducir no afectarán a su calidad de "original". Así, cuando se añada un certificado electrónico al final de un mensaje de datos "original" para certificar que es el "original" o cuando la red informática utilizada inserte automáticamente ciertos datos de transmisión al principio y al final de cada mensaje de datos transmitido, esas adiciones se considerarían escritos complementarios adjuntados a un escrito "original" o serían asimiladas al sobre y los sellos utilizados para enviar ese escrito "original".

Como en otros artículos del capítulo II, debe entenderse el término "la ley", que figura en la frase inicial del artículo 8, como referida no sólo a disposiciones de derecho legislativo o reglamentario, sino también a otras normas de derecho jurisprudencial y de derecho procesal. En algunos países del common law, el término "la ley" sería normalmente interpretado como referido a disposiciones del common law, y no a requisitos de origen propiamente legislativo, por lo que debe tenerse presente que en el marco de la Ley Modelo el término "la ley" abarcaría una y otra fuente del derecho. Ahora bien, la Ley Modelo no utiliza este término para referirse a ramas del derecho que no formen parte del derecho interno y que se designan a veces con cierta imprecisión por términos como el de "lex mercatoria" o "derecho mercantil".

El párrafo 4), al igual que las disposiciones análogas de los artículos 6 y 7, para facilitar la aceptabilidad de la Ley Modelo. En él se reconoce que la cuestión de especificar exclusiones debería dejarse a discreción de cada Estado, criterio que permitiría tomar debidamente en cuenta las diferentes circunstancias nacionales. No obstante, cabe advertir que los objetivos de la Ley Modelo no se cumplirían si se utilizara el párrafo 4 para establecer excepciones genera-

les. De limitarse el ámbito de aplicación de los artículos 6 a 8 con diversas exclusiones se obstaculizaría innecesariamente el desarrollo de las técnicas de comunicación modernas, puesto que la Ley Modelo brinda una serie de principios y criterios básicos destinados a ser de aplicación general.

Referencias:

A/51/17, párrs. 180 y 181 y 185 a 187; A/50/17, párrs. 249 a 255 (artículo 7); A/CN.9/407, párrs. 71 a 79; A/CN.9/406, párrs. 106 a 110; A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo; A/CN.9/373, párrs. 77 a 96; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 64 a 70; A/CN.9/360, párrs. 60 a 70; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 8; A/CN.9/390, párrs. 110 a 133; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 8; A/CN.9/387, párrs. 91 a 97; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 8; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 56 a 60; A/CN.9/350, párrs. 84 y 85; A/CN.9/265, párrs. 43 a 48.

Artículo 9. Admisibilidad y fuerza probatoria de un mensaje de datos

La finalidad del artículo 9 es establecer la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones legales y su fuerza probatoria. Con respecto a la admisibilidad, el párrafo 1), al disponer que no debe negarse la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones judiciales por la sola razón de que figuran en formato electrónico, hace hincapié en el principio general enunciado en el artículo 4 y es necesario para hacerlo expresamente aplicable a la admisibilidad de la prueba, aspecto en que podrían plantearse cuestiones particularmente complejas en ciertas jurisdicciones. El término "la mejor prueba" expresa un tecnicismo necesario en ciertas jurisdicciones de common law. No obstante, el concepto de "la mejor prueba" puede ser fuente de incertidumbre en los ordenamientos jurídicos que desconocen esa regla. Los Estados en que la expresión carezca de sentido y pueda causar malentendidos tal vez deseen adoptar el régimen modelo sin hacer referencia a la regla de "la mejor prueba", enunciada en el párrafo 1).

Por lo que respecta a la fuerza probatoria de un mensaje de datos, el párrafo 2) da orientación útil sobre cómo evaluar la fuerza probatoria de los mensajes de datos (por ejemplo, en función de si han sido consignados, archivados o comunicados de forma fiable).

Referencias:

A/50/17, párrs. 256 a 263; A/CN.9/407, párrs. 80 y 81 (artículo 8); A/CN.9/406, párrs. 111 a 113;A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 9; A/CN.9/390, párrs. 134 a 143; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 9; A/CN.9/387, párrs. 98 a 109; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 9; A/CN.9/WG.IV/WP.58, anexo; A/CN.9/373, párrs. 97 a 108; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 71 a 81; A/CN.9/360, párrs. 44 a 59;A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 46 a 55; A/CN.9/350, párrs. 79 a 83 y 90 y 91; A/CN.9/333, párrs. 29 a 41; A/CN.9/265, párrs. 27 a 48.

Artículo 10. Conservación de los mensajes de datos

El artículo 10 establece un conjunto de nuevas reglas con respecto a los requisitos actuales de conservación de la información (por ejemplo, a efectos contables o fiscales) a fin de evitar que esos requisitos obstaculicen el desarrollo comercial moderno.

El párrafo I) tiene la finalidad de fijar las condiciones en los que se cumpliría la obligación de conservar mensajes de datos que pudiera existir con arreglo a la ley aplicable. En el inciso a) se reproducen las condiciones enunciadas en el artículo 6 para que un mensaje de datos satisfaga la regla que exige la presentación de un escrito. En el inciso b) se pone de relieve que no es preciso conservar el mensaje sin modificaciones, a condición de que la información archivada reproduzca con exactitud el mensaje de datos en la forma recibida. No sería apropiado exigir que la información se conservara sin modificaciones, ya que por regla general los mensajes son descodificados, comprimidos o convertidos antes de ser archivados.

El inciso c) tiene la finalidad de englobar toda la información que debe archivarse, que incluye, aparte del mensaje propiamente dicho, cierta información sobre la transmisión que puede resultar necesaria para identificar el mensaje. El inciso c), al imponer la conservación de la información de transmisión relacionada con el mensaje de datos, creaba una norma más exigente que la mayoría de las normas nacionales vigentes respecto de la conservación de comunicaciones consignadas sobre papel. No obstante, no debía interpretarse en el sentido de imponer una obligación de conservar la información relativa a la transmisión que fuese adicional a la contenida en el mensaje de

datos al momento de su generación, almacenamiento o transmisión o la información en un mensaje de datos separado, como un acuse de recibo. Además, si bien cierta información sobre la transmisión es importante y debe conservarse, puede exceptuarse otra información relativa a la transmisión sin que ello merme la integridad del mensaje de datos. Esta es la razón por la cual el inciso c) distingue entre los elementos de la información sobre la transmisión que son importantes para la identificación del mensaje y los escasos elementos de dicha información abarcados en el párrafo 2) (como los protocolos de comunicaciones) que carecen totalmente de valor para el mensaje de datos y que normalmente serían separados automáticamente de un mensaje de datos por la terminal receptora antes de que el mensaje de datos entrase efectivamente en el sistema de información del destinatario.

En la práctica, la conservación de información, especialmente de la relativa a la transmisión, puede estar a cargo muchas veces de alguien que no sea ni el iniciador ni el destinatario, como un intermediario. En todo caso, la intención consiste en que la persona obligada a conservar cierta información relativa a la transmisión no pueda aducir para no cumplirla que, por ejemplo, el sistema de comunicaciones que utiliza la otra persona no conserva la información necesaria. Con ello se pretende desalentar las malas prácticas o las conductas dolosas. El párrafo 3) dispone que, para cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo al párrafo 1), el iniciador o el destinatario puede recurrir a los servicios de cualquier tercero y no solamente de un intermediario.

Referencias:

A/51/17, párrs. 185 a 187; A/50/17, párrs. 264 a 270 (artículo 9); A/CN.9/407, párrs. 82 a 84; A/CN.9/406, párrs. 59 a 72; A/CN.9/WG.IV/WP.60 artículo 14; A/CN.9/387, párrs. 164 a 168; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 14; A/CN.9/373, párrs. 123 a 125; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párr. 94.

Comunicación de mensajes de datos

Artículo 11. Formación y validez de los contratos

El artículo 11 no tiene por objeto interferir con el régimen relativo a la

formación de los contratos, sino promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos. El artículo no trata solamente de la formación del contrato sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, una disposición enunciada en los términos del párrafo 1) podría considerarse como la mera expresión de algo evidente como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato pueda perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos en los que se expresaban la oferta y la aceptación bien eran generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento escrito.

Cabe señalar asimismo que el párrafo 1) refuerza, en el contexto de la formación de un contrato, un principio ya enunciado en otros artículos de la Ley Modelo, como los artículos 5, 9 y 13, que reconocen la validez jurídica de los mensajes de datos. Sin embargo, el párrafo 1) es necesario, pues el hecho de que los mensajes electrónicos puedan tener valor probatorio y surtir algún efecto, como los dispuestos en los artículos 9 y 13, no significa necesariamente que puedan ser utilizados para celebrar contratos válidos.

El párrafo 1) no sólo ha previsto el caso en que tanto la oferta como la aceptación se comunican por vía electrónica sino también el caso en que sólo se comunica por esa vía la oferta o la aceptación.

Respecto del lugar y momento de la formación del contrato cuando la oferta o la aceptación de una oferta se expresan por mensaje de datos, la Ley Modelo no dice nada a fin de no interferir con el derecho interno aplicable a la formación del contrato. Se consideró que una disposición de esa índole podría ir más allá del objetivo de la Ley Modelo, que debería limitarse a dar a las comunicaciones electrónicas un grado de certeza jurídica idéntico al de las comunicaciones consignadas sobre papel. La combinación del régimen aplicable a la formación del contrato con las disposiciones del artículo 15

tiene por objeto disipar la incertidumbre sobre el lugar y momento de la formación del contrato cuando la oferta o la aceptación se intercambien electrónicamente.

Las palabras "de no convenir las partes otra cosa", que se limitan a reiterar, en el contexto del artículo relativo a la formación del contrato, el reconocimiento de la autonomía de las partes enunciada en el artículo 4, tienen por objeto dejar en claro que la finalidad de la Ley Modelo no es la de imponer el recurso a los medios electrónicos de comunicación a aquellas partes que acostumbren a concertar sus contratos mediante el recurso a la documentación consignada sobre papel. Por ello, el artículo 11 no deberá ser interpretado como limitando en modo alguno la autonomía de las partes que no recurran para la negociación de su contrato a formas de comunicación electrónica.

Durante la preparación del párrafo 1), se consideró que existía el riesgo de que esta disposición prevaleciera sobre ciertas disposiciones de derecho interno, de lo contrario aplicables, que prescribieran ciertas formalidades para la formación de determinados contratos. Entre esas formalidades se incluyen la fe pública notarial y otros requisitos de "escrituración" impuestos por consideraciones de orden público, como la necesidad de proteger a ciertas partes o de advertirlas de ciertos riesgos. Por esta razón, el párrafo 2) dispone que el Estado promulgante puede excluir la aplicación del párrafo 1) en determinados supuestos que se especificarán en la legislación que promulgue la Ley Modelo.

Referencias:

A/51/17, párrs. 89 a 94 (artículo 13); A/CN.9/407, párr. 93; A/CN.9/406, párrs. 34 a 41; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 12; A/CN.9/387, párrs. 145 a 151; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 12; A/CN.9/373, párrs. 126 a 133;A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 95 a 102; A/CN.9/360, párrs. 76 a 86; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 67 a 73; A/CN.9/350, párrs. 93 a 96; A/CN.9/333, párrs. 60 a 68.

Artículo 12. Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

Se añadió el artículo 12 en una etapa avanzada de la preparación de la Ley Modelo, como reconocimiento del hecho de que el artículo 11 se ocupaba

únicamente del empleo de los mensajes de datos para la negociación de un contrato, pero el régimen modelo no enunciaba ninguna regla especial respecto de aquellos mensajes que se utilizaban no para concluir un contrato sino en el cumplimiento de una obligación contractual (por ejemplo, la notificación dada de algún defecto en las mercancías, una oferta de pago, la notificación del lugar en el que se daría cumplimiento al contrato, el reconocimiento de una deuda). Dado que en la mayoría de los países se recurre a los medios modernos de comunicación en un cierto clima de incertidumbre jurídica atribuible a la ausencia de una legislación especial al respecto, se juzgó apropiado que la Ley Modelo no se limitara a enunciar el principio general de que el recurso a los medios electrónicos de comunicación no sería objeto de un trato discriminatorio, expresado en el artículo 5, sino que se regularan además algunos supuestos ilustrativos de la correcta observancia de este principio. La formación de un contrato no es sino uno de los supuestos ilustrativos que pueden ser valiosos a este respecto lo que se juzgó necesario ilustrar también la validez jurídica de expresiones unilaterales de la voluntad, tales como notificaciones o declaraciones unilaterales de voluntad emitidas en forma de mensaje de datos.

Al igual que en el caso del artículo 11, la finalidad del artículo 12 no es la de imponer el empleo de los medios electrónicos de comunicación sino la de validar ese empleo, salvo que las partes convengan otra cosa. Por ello, no debe invocarse el artículo 12 para imponer al destinatario las consecuencias jurídicas de un mensaje que le haya sido enviado, si el recurso a un soporte físico distinto del papel para su transmisión sorprende al destinatario.

Referencias:

A/51/17, párrs. 95 a 99 (nuevo artículo 13 bis)

Artículo 13. Atribución de los mensajes de datos

El artículo 13 se inspira en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, que define las obligaciones del expedidor de una orden de pago. El artículo 13 debe aplicarse cuando se plantee la cuestión de si un mensaje de datos fue realmente enviado por la persona que consta como iniciador. En el caso de una comunicación consig-

nada sobre papel, el problema surgiría a raíz de una firma presuntamente falsificada del supuesto expedidor. En las comunicaciones electrónicas, puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante clave, criptografía o medio similar sea correcta. La finalidad del artículo 13 no es la de asignar responsabilidad, sino la atribución de los mensajes de datos. Establece una presunción de que en ciertas circunstancias un mensaje de datos se consideraría un mensaje emanado del iniciador, y hace una reserva a esa presunción si el destinatario sabía o debiera haber sabido que el mensaje de datos no emanaba del iniciador.

El párrafo 1) recuerda el principio de que el iniciador queda vinculado por todo mensaje de datos que haya efectivamente enviado. El párrafo 2) se refiere al supuesto de que el mensaje haya sido enviado por una persona distinta del iniciador facultada para actuar en nombre del iniciador. El propósito del párrafo 2) no altera en nada el régimen interno de la representación o mandato, y la cuestión de si la otra persona estaba, de hecho y de derecho, facultada para actuar en nombre del iniciador se regirá por la norma de derecho interno por lo demás aplicable.

El párrafo 3) se ocupa de dos supuestos en los que el destinatario podría considerar que el mensaje de datos emanaba del iniciador: en primer lugar, el supuesto de que el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento de autenticación previamente aceptado por el iniciador y en segundo lugar el supuesto de que el mensaje de datos haya resultado de los actos de una persona cuya relación con el iniciador le haya dado acceso a algún método de autenticación del iniciador. Al estipular que el destinatario "tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador", el párrafo 3), leído juntamente con el párrafo 4) a), tiene por objeto indicar que el destinatario podrá actuar sobre el supuesto de que el mensaje de datos proviene del iniciador hasta el momento en que el iniciador le informe de que el mensaje de datos no es suyo, o hasta el momento en que sepa o deba saber que el mensaje de datos no es del iniciador.

Con arreglo al párrafo 3) a), si el destinatario aplica un procedimiento de autenticación previamente convenido y comprueba debidamente que el iniciador es la fuente del mensaje, se presumirá que el mensaje proviene del iniciador. Esa regla es aplicable no sólo al supuesto de que el iniciador y el

destinatario hayan convenido entre sí el procedimiento de autenticación, sino también a aquellos supuestos en los que un iniciador, unilateralmente o como resultado de un acuerdo concertado con un intermediario, designó un procedimiento y convino en quedar obligado por todo mensaje de datos que cumpliera con los requisitos relativos a ese procedimiento. Por ello, el párrafo 3) a) es aplicable no sólo a un acuerdo que entre en vigor a raíz de un acuerdo directo entre el iniciador y el destinatario sino también a todo acuerdo que entre en vigor gracias a la intervención prevista de un tercero proveedor de servicios. Ahora bien, cabe señalar que el párrafo 3) a) será aplicable únicamente si la comunicación entre el iniciador y el destinatario se apoya en un acuerdo previamente concertado, pero no sería aplicable a un mensaje de datos transmitido a través de una red abierta al público en general.

El efecto del párrafo 3) b), leído conjuntamente con el párrafo 4) b), es que el iniciador o el destinatario, según sea el caso, sería responsable de todo mensaje de datos no autorizado que pueda demostrarse que ha sido enviado como resultado de una falta o negligencia de esa parte.

El párrafo 4) a) no debe interpretarse como si liberara al iniciador, con efecto retroactivo, de las consecuencias de haber enviado un mensaje de datos con independencia de si el destinatario ha actuado ya o no sobre el supuesto de que el mensaje de datos procedía del iniciador. El párrafo 4) no tenía por objeto disponer que la recepción de una notificación conforme al inciso a) anularía retroactivamente el mensaje original. Conforme al inciso a), el iniciador queda liberado del efecto vinculante del mensaje en el momento de recibirse la notificación conforme al inciso a) y no con anterioridad a ese momento. Además, el párrafo 4) no debe ser interpretado como si permitiera que el iniciador se libere de las consecuencias del mensaje de datos informando al destinatario conforme al inciso a), en casos en los que el mensaje haya sido efectivamente enviado por el iniciador y el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento razonable de autenticación. Si el destinatario puede probar que el mensaje es del iniciador, sería aplicable la regla del párrafo 1) y no la del inciso a) del párrafo 4). En cuanto al significado de "un plazo razonable", se deberá informar al destinatario con tiempo suficiente para poder actuar en consonancia, por ejemplo, en el caso de un arreglo de suministro "puntual" en el que deberá darse al destinatario tiempo suficiente para que pueda ajustar su cadena de producción.

Con respecto al párrafo 4) b) cabe señalar que la Ley Modelo podría dar lugar al resultado de que el destinatario estaría facultado para fiarse del mensaje de datos de haber aplicado debidamente el método de autenticación convenido, aun cuando supiera que el mensaje de datos no era del destinatario. Cuando se elaboró la Ley Modelo se opinó en general que debería aceptarse el riesgo de que se produjera esa situación, con miras a preservar la fiabilidad de los procedimientos de autenticación.

El párrafo 5) tiene la finalidad de impedir que el iniciador desautorice el mensaje una vez enviado, a menos que el destinatario sepa, o deba haber sabido, que el mensaje de datos no es el del iniciador. Además, el párrafo 5) se ocupa del supuesto de que haya errores en el contenido del mensaje derivados de errores en la transmisión.

El párrafo 6) aborda la cuestión de la duplicación errónea de los mensajes de datos, que reviste considerable importancia en la práctica. Establece la norma de diligencia con que ha de actuar el destinatario a fin de distinguir entre una duplicación errónea de un mensaje de datos y la transmisión de un mensaje de datos separado.

Las primeras versiones del artículo 13 contenían un párrafo adicional en el que se expresaba el principio de que la atribución de la autoría del mensaje al iniciador no regulaba en nada las consecuencias jurídicas del mensaje, que habrían de ser determinadas por la norma por lo demás aplicable de derecho interno. Posteriormente se estimó que no era necesario expresar ese principio en la Ley Modelo, pero que debería mencionarse en la presente Guía.

Referencias:

A/51/17, párrs. 189 a 194; A/50/17, párrs. 275 a 303 (artículo 11); A/CN.9/407, párrs. 86 a 89; A/CN.9/406, párrs. 114 a 131; A/CN.9/WG.IV/WP.62, artículo 10; A/CN.9/390, párrs. 144 a 153; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 10; A/CN.9/387, párrs. 110 a 132; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 10; A/CN.9/373, párrs. 109 a 115; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 82 a 86.

Artículo 14. Acuse de recibo

El empleo funcional de acuses de recibo es una decisión comercial que deben tomar los usuarios del comercio electrónico; la Ley Modelo no

tiene la finalidad de imponer ningún procedimiento de este tipo. No obstante, habida cuenta de la utilidad comercial de un sistema de acuse de recibo y del uso extendido de esos sistemas en el contexto del comercio electrónico, se consideró que la Ley Modelo debía abordar una serie de cuestiones jurídicas derivadas del uso de procedimientos de acuse de recibo. Cabe señalar que la noción de "acuse de recibo" se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, que van desde el simple acuse de recibo de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un mensaje de datos determinado. En muchos casos, el procedimiento de "acuse de recibo" se utilizaría paralelamente al sistema conocido con el nombre de "petición de acuse de recibo" en las administraciones postales. Los acuses de recibo pueden exigirse en diversos tipos de instrumentos, como en los mensajes de datos propiamente tales, en acuerdos sobre comunicaciones bilaterales o multilaterales, o en "reglas de sistema". Cabe tener presente que la variedad de procedimientos de acuse de recibo supone una variedad de costos correspondientes. Las disposiciones del artículo 14 se basan en el supuesto de que los procedimientos de acuse de recibo han de utilizarse a la discreción del iniciador. El artículo 14 no se propone abordar las consecuencias jurídicas que podrían dimanarse del envío de un acuse de recibo, aparte de determinar que se ha recibido el mensaje de datos. Por ejemplo, cuando el iniciador envía una oferta en un mensaje de datos y pide un acuse de recibo, ese acuse de recibo sólo constituye prueba de que la oferta se ha recibido. Que enviar o no ese acuse de recibo equivalga a una aceptación de la oferta es materia sobre la cual la Ley Modelo no legisla, pues está regida por el derecho de los contratos que escapa al ámbito de la Ley Modelo.

La finalidad del párrafo 2) es validar el acuse de recibo mediante cualquier comunicación o acto del destinatario (por ejemplo, la expedición de las mercancías, como acuse de recibo de un pedido de compra) cuando el iniciador no haya convenido con el destinatario que el acuse de recibo se haga de determinada forma. El artículo 14 no aborda el supuesto de que el iniciador haya solicitado unilateralmente que el acuse de recibo se haga de determinada forma, lo que tal vez dé lugar a que la solicitud unilateral del iniciador relativa a la forma del acuse de recibo no altere en nada el derecho del desti-

natario a acusar recibo mediante cualquier comunicación o acto que sea tenido por suficiente para indicar al iniciador que el mensaje ha sido recibido. Esa interpretación posible del párrafo 2) hace particularmente necesario que se insista en la Ley Modelo en la distinción que ha de hacerse entre los efectos de un acuse de recibo de un mensaje de datos y de toda otra comunicación por la que se responda al contenido de ese mensaje de datos, razón por la cual se juzgó necesario insertar el párrafo 7).

El párrafo 3), que regula la situación en que el iniciador ha afirmado que el mensaje de datos depende de que se reciba un acuse de recibo, es aplicable independientemente de si el iniciador ha especificado o no que el acuse de recibo debe recibirse dentro de cierto plazo.

La finalidad del párrafo 4) es prever la situación más frecuente que es la que se da cuando se pide un acuse de recibo, sin que el iniciador haga ninguna declaración en el sentido de que el mensaje de datos no producirá efectos hasta que se reciba un acuse de recibo. Esta disposición es necesaria para fijar el momento a partir del cual el iniciador de un mensaje de datos que haya solicitado acuse de recibo quedará exento de las consecuencias jurídicas del envío de ese mensaje de datos, de no haber recibido el acuse de recibo solicitado. Como ejemplo de una situación en la que resultaría particularmente útil una disposición redactada en los términos del párrafo 4) sería el caso de que un iniciador de una oferta de contrato que no hubiera recibido el acuse de recibo solicitado al destinatario de la oferta necesitara saber el momento a partir del cual tendría libertad para trasladar su oferta a otro cliente o socio comercial eventual. Cabe señalar que la disposición no impone ninguna obligación vinculante al iniciador sino que establece meramente medios que permitan a éste, si lo desea, aclarar su situación en casos en que no haya recibido el acuse de recibo solicitado. Cabe observar también que la disposición no impone ninguna obligación al destinatario del mensaje de datos que, en la mayoría de las circunstancias, tendría libertad para confiar o no en un determinado mensaje de datos, siempre y cuando estuviera dispuesto a asumir el riesgo de que el mensaje de datos no fuera fiable por falta de acuse de recibo. Sin embargo, el destinatario está protegido, ya que el iniciador que no reciba el acuse de recibo solicitado no podrá tratar automáticamente el mensaje de datos como si no se hubiera transmitido nunca, sin notificar al destinatario. El procedimiento descrito en el

párrafo 4) del artículo 14 queda librado exclusivamente a la discreción del iniciador. Por ejemplo, caso de enviar el iniciador un mensaje de datos que, conforme al acuerdo entre las partes se debía recibir en cierta fecha, y solicitar un acuse de recibo, el destinatario no podrá denegar la eficacia jurídica del mensaje con sólo abstenerse de hacer el acuse de recibo solicitado.

La presunción rebatible enunciada en el párrafo 5) es necesaria para crear certeza y resultaría particularmente útil en el contexto de una comunicación electrónica entre partes no vinculadas por un acuerdo de socios comerciales. La segunda frase del párrafo 5) debe ser leída conjuntamente con el párrafo 5) del artículo 13, en el que se enuncian las condiciones que, caso de cumplirse, permiten al destinatario considerar como válido el texto recibido, aun cuando existiera cierta divergencia entre ese texto y el texto del mensaje de datos tal como fue expedido.

El párrafo 6) corresponde a cierto tipo de acuse de recibo, por ejemplo, un mensaje EDIFACT que establezca que el mensaje de datos recibido es sintácticamente correcto, es decir, que puede ser procesado por la terminal receptora. La referencia a los requisitos técnicos, que ha de ser entendida primordialmente como una referencia a la "sintaxis informática" en el contexto de las comunicaciones EDI, puede ser menos importante en el caso de que se utilicen otros medios de comunicación, como el telegrama o el télex. Además de la coherencia debida con las reglas de la "sintaxis informática", los requisitos técnicos enunciados en las normas aplicables tal vez obliguen, por ejemplo, a utilizar ciertos procedimientos para la verificación de la integridad del contenido del mensaje de datos.

El párrafo 7) tiene por finalidad eliminar ciertas incertidumbres que pudiera haber sobre el efecto jurídico de un acuse de recibo, por ejemplo, el párrafo 7) indica que no debe confundirse el acuse de recibo con una comunicación relativa al contenido del mensaje del que se acuse recepción.

Referencias:

A/51/17, párrs. 63 a 88 (artículo 12); A/CN.9/407, párrs. 90 a 92; A/CN.9/406, párrs. 15 a 33; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 11; A/CN.387, párrs. 133 a 144; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 11; A/CN.9/373, párrs. 116 a 122; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 87 a 93;

A/CN.9/360, párr. 125; A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 80 y 81; A/CN.9/350, párr. 92; A/CN.9/333, párrs. 48 y 49.

Artículo 15. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

El artículo 15 deriva del reconocimiento de que, para la aplicación de muchas normas jurídicas, es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio. La Ley Modelo, pues, tiene por objeto dejar constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente y prevé un criterio más objetivo, a saber, el establecimiento de las partes. A ese respecto, cabe señalar que el artículo 15 no tiene por objeto enunciar una regla de conflicto de leyes.

El párrafo 1) dispone que un mensaje de datos se considerará expedido a partir del momento en que entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador, que puede ser el sistema de información de un intermediario o un sistema de información del destinatario. El concepto de "expedición" se refiere al comienzo de la transmisión electrónica del mensaje de datos. Cuando el término "expedición" tenga un sentido ya definido, conviene tener presente que el artículo 15 se propone complementar y no sustituir el régimen de derecho interno aplicable en la materia. Si la expedición se produce cuando el mensaje de datos llega al sistema de información del destinatario, la expedición según el párrafo 1) y la recepción según el párrafo 2) son simultáneos, excepto cuando el mensaje de datos se expida a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema designado por el destinatario con arreglo al inciso a) del párrafo 2).

El párrafo 2), cuya finalidad es definir el momento de recepción de un mensaje de datos, aborda la situación en que el destinatario designa unilate-

ralmente un determinado sistema de información para la recepción de un mensaje (en cuyo caso el sistema designado puede o no ser un sistema de información del destinatario), y el mensaje llega a un sistema de información del destinatario que no es el sistema designado. En este supuesto, la recepción tendrá lugar cuando el destinatario recupere el mensaje de datos. Por "sistema de información designado" la Ley Modelo se refiere al sistema que una parte haya designado específicamente, por ejemplo, en el caso en que una oferta estipule expresamente el domicilio al cual se debe enviar la aceptación. La sola indicación de una dirección de correo electrónico o de un número de fax en el membrete o en otro documento no se debe considerar como designación expresa de uno o más sistemas de información.

Conviene detenerse a analizar el concepto de "entrada" en un sistema de información, utilizado para definir tanto la expedición como la recepción de un mensaje de datos. Un mensaje de datos entra en un sistema de información desde el momento en que puede ser procesado en ese sistema de información. La cuestión de si un mensaje de datos que entra en un sistema de información es inteligible o utilizable por el destinatario no entra en el ámbito de la Ley Modelo. La Ley Modelo no pretende invalidar las disposiciones de derecho interno conforme a las cuales la recepción de un mensaje puede producirse en el momento en que el mensaje entra en la esfera del destinatario, prescindiendo de si el mensaje es inteligible o utilizable por el destinatario. La Ley Modelo tampoco se ha concebido para ir en contra de los usos del comercio, según los cuales ciertos mensajes cifrados se consideran recibidos incluso antes de que sean utilizables por el destinatario o inteligibles para dicha persona. Se estimó que la Ley Modelo no debía crear un requisito más estricto que los actualmente aplicados a las comunicaciones consignadas sobre papel, en que un mensaje puede considerarse recibido aunque no resulte inteligible para el destinatario ni pretenda serlo (por ejemplo, cuando se transmiten datos en forma criptográfica a un depositario con el único propósito de su retención en el contexto de la protección de los derechos de propiedad intelectual).

Un mensaje de datos no habría de considerarse expedido si simplemente ha llegado al sistema de información del destinatario, pero sin conseguir

entrar en él. Cabe señalar que la Ley Modelo no prevé expresamente el mal funcionamiento de los sistemas de información como base para la responsabilidad. En particular, cuando el sistema de información del destinatario no funciona en absoluto o no funciona en la debida forma, o cuando, aun funcionando debidamente, el mensaje de datos no puede entrar en él (por ejemplo, en el caso de una telecopiadora constantemente ocupada), el mensaje no puede considerarse expedido en el sentido de la Ley Modelo. Durante la preparación de la Ley Modelo, se estimó que no debía imponerse al destinatario, mediante una disposición general, la onerosa obligación de mantener su sistema en constante funcionamiento.

El párrafo 4) regula el lugar de recepción de un mensaje de datos. Esta disposición se ha incluido en la Ley Modelo con la principal finalidad de prever una peculiaridad del comercio electrónico que tal vez no esté adecuadamente regulada en la legislación vigente, a saber, que muy a menudo el sistema de información del destinatario en el que se recibe o recupera el mensaje de datos no se halla bajo la misma jurisdicción que el destinatario. El párrafo 4) tiene, pues, la principal finalidad de asegurar que el lugar en que se encuentra el sistema de información no sea el elemento determinante, y que haya un vínculo razonable entre el destinatario y lo que se considere el lugar de recepción, y que el iniciador pueda determinar fácilmente ese lugar. La Ley Modelo no contiene disposiciones concretas sobre el modo de designar un sistema de información ni prevé que puedan efectuarse cambios una vez que el destinatario haya designado el sistema.

Cabe observar que el párrafo 4), que contiene una referencia a la "operación subyacente", se refiere en realidad a operaciones subyacentes efectivamente realizadas y previstas. Las referencias a "establecimiento", "establecimiento principal" y "lugar de residencia habitual" se introdujeron en el texto para armonizarlo con el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

El efecto del párrafo 4) es introducir una distinción entre el lugar considerado de recepción y el lugar al que haya llegado realmente el mensaje de datos en el momento de recepción con arreglo al párrafo 2). Esta distinción no debe interpretarse en el sentido de que reparte los riesgos entre el iniciador y el destinatario en caso de alteración o pérdida de un mensaje de datos

entre el momento de su recepción con arreglo al párrafo 2) y el momento en que llegó a su lugar de recepción en el sentido del párrafo 4). El párrafo 4) establece meramente una presunción irrebatible sobre un hecho jurídico a la que deberá recurrirse cuando otro cuerpo de leyes (por ejemplo, sobre la formación de contratos o los conflictos de leyes) requiera que se determine el lugar de recepción de un mensaje de datos. No obstante, durante la preparación de la Ley Modelo se estimó que introducir la noción de un supuesto lugar de recepción de un mensaje de datos como noción distinta del lugar al que llegue realmente dicho mensaje en el momento de su recepción sería inapropiado fuera del contexto de las transmisiones informatizadas (por ejemplo, en el contexto de un telegrama o de un télex). Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición estaba limitado a las transmisiones informáticas de mensajes de datos. El párrafo 5) enuncia una limitación adicional que reproduce la fórmula ya utilizada en los artículos 6, 7, 8, 11 y 12 (véase el anterior párr. 69).

Referencias:

A/51/17, párrs. 100 a 115 (artículo 14); A/CN.9/407, párrs. 94 a 99; A/CN.9/406, párrs. 42 a 58; A/CN.9/WG.IV/WP.60, artículo 13; A/CN.9/387, párrs. 152 a 163; A/CN.9/WG.IV/WP.57, artículo 13; A/CN.9/373, párrs. 134 a 146; A/CN.9/WG.IV/WP.55, párrs. 103 a 108; A/CN.9/360, párrs. 87 a 89 A/CN.9/WG.IV/WP.53, párrs. 74 a 76; A/CN.9/350, párrs. 97 a 100; A/CN.9/333, párrs. 69 a 75.

Segunda Parte. Comercio Electrónico en materias específicas

En contraste con las reglas básicas aplicables al comercio electrónico en general, que figuran en la primera parte de la Ley Modelo, la segunda parte contiene reglas de carácter especial. Al preparar la Ley Modelo, la Comisión convino en que se incluyeron en la Ley Modelo esas reglas especiales relativas a determinadas aplicaciones del comercio electrónico, pero de forma tal que su presentación reflejara a la vez el carácter especial de su régimen y su rango legislativo, en nada distinto del de las disposiciones de carácter general enunciadas en la primera parte de la Ley Modelo. Al aprobar la Ley Modelo,

la Comisión se limitó a examinar ciertas disposiciones especiales relativas a los documentos de transporte, por lo que se convino en que esas disposiciones figuraran en la Ley Modelo bajo el epígrafe de capítulo I de la segunda parte. Se opinó que esa estructura dejaba abierta la puerta a la adición de otros grupos de disposiciones especiales en forma de capítulos adicionales de la segunda parte de Ley Modelo, conforme se fuera haciendo sentir la necesidad de esos regímenes especiales.

La adopción de un régimen especial para determinadas aplicaciones del comercio electrónico, como pudiera ser para la utilización de mensajes EDI como sucedáneos de ciertos documentos de transporte, no supone en modo alguno que las restantes disposiciones de la Ley Modelo no sean también aplicables a esos sucedáneos de los documentos de transporte. En particular, las disposiciones de la segunda parte, tales como los artículos 16 y 17 relativos a la transferencia de derechos sobre mercancías, parten del supuesto de que las garantías de fiabilidad y autenticidad, enunciadas en los artículos 6 a 8, son igualmente aplicables a los equivalentes electrónicos de los documentos de transporte. La segunda parte de la Ley Modelo no restringe pues en modo alguno el ámbito de aplicación de las disposiciones generales de la Ley Modelo.

Transporte de mercancías

Al preparar la Ley Modelo, la Comisión tomó nota de que el transporte de mercancías era la rama comercial en la que era más probable que se recurriera a las comunicaciones electrónicas, por lo que era asimismo aquella en la que se necesitaba más urgentemente un marco jurídico que facilitara el empleo de esos medios de comunicación. Los artículos 16 y 17 enuncian ciertas disposiciones que son, por igual, aplicables a los documentos de transporte no negociables y a la transferencia de derechos en las mercancías por medio de un conocimiento de embarque negociable o transferible. Los principios enunciados en los artículo 16 y 17 son aplicables no sólo al transporte marítimo sino también al transporte de mercancías por otros medios, tales como al transporte aéreo y al transporte por carretera y ferrocarril.

Artículo 16. Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías

El artículo 16, que enuncia el ámbito de aplicación del capítulo I de la segunda parte de la Ley Modelo, ha sido redactado con amplitud de criterio. Ese capítulo sería aplicable a una amplia gama de documentos que se utilizan en el transporte de mercancías, como, por ejemplo, la póliza de fletamento. En la preparación de la Ley Modelo, la Comisión juzgó que al regular en general los contratos de transporte de mercancías, el artículo 16 respondía a la necesidad de regular todo tipo de documentos de transporte, ya fueran negociables o no negociables, sin excluir ningún documento en particular, como pudiera ser la póliza de fletamento. Se señaló que, de no desear un Estado que el capítulo I de la segunda parte fuera aplicable a determinado tipo de documento o de contrato, por ejemplo, caso de considerarse que la inclusión de la póliza de fletamento en el ámbito de ese capítulo encajaría mal en el derecho interno de ese Estado, entonces ese Estado podría recurrir a la cláusula de exclusión enunciada en el párrafo 7) del artículo 17.

El artículo 16 es de índole ilustrativa y los actos en él mencionados, pese a ser más propios del comercio marítimo, no son exclusivos de ningún tipo de comercio ya que son actos que podrían ejecutarse en relación con el transporte aéreo o el transporte multimodal de mercancías.

Referencias:

A/51/17, párrs. 139 a 172 y 198 a 204 (proyecto de artículo x); A/CN.9/421, párrs. 53 a 103; A/CN.9/WG.IV/WP.69, párrs. 82 a 95; A/50/17, párrs. 307 a 309; A/CN.9/407, párrs. 106 a 118; A/CN.9/WG.IV/WP.67, anexo; A/CN.9/WG.IV/WP.66, anexo II; A/49/17, párrs.178, 179 y 201; A/CN.9/390, párr. 158.

Artículo 17. Documentos de transporte

Los párrafos 1) y 2) dimanan de la regla enunciada en el artículo 6. En el contexto de los documentos de transporte, es preciso establecer no sólo un equivalente funcional de la información consignada por escrito de los actos mencionados en el artículo 16, sino también un equivalente funcional de la modalidad de ejecución de dichos actos que se basa en el empleo de un documento consignado sobre papel. La necesidad de un equivalente funcional se refiere especialmente, en este caso, a la función desempeñada por la

transferencia de un escrito en la transferencia de ciertos derechos y obligaciones. Por ejemplo, los párrafos 1) y 2) permiten sustituir no sólo el requisito de que el contrato de transporte conste por escrito sino también los requisitos de endoso y transferencia de la posesión aplicables al conocimiento de embarque. Al prepararse la Ley Modelo, se estimó que la disposición del artículo 17 debía ser referida inequívocamente a los actos enunciados en el artículo 16, particularmente en razón de las dificultades, que pudiera haber en determinados países, para el reconocimiento de la transmisión de un mensaje de datos como equivalente funcional de la entrega material de las mercancías o de la transferencia material de un documento de titularidad sobre las mercancías.

La referencia que se hace en los párrafos 1), 3) y 6) a "uno o más mensajes de datos" no debe ser entendida de modo distinto que la referencia que se hace en otras disposiciones de la Ley Modelo a "un mensaje de datos", que debe también entenderse como aplicable indistintamente al supuesto en el que se genere un solo mensaje de datos y al supuesto en el que se generen dos o más mensajes de datos como soporte de un cierto elemento de información. La formulación más detallada de esta idea en el artículo 17 refleja meramente la consideración de que, para la transferencia electrónica de derechos, algunas de las funciones que tradicionalmente se llevan a cabo mediante la entrega de un único conocimiento de embarque consignado sobre papel habrán de efectuarse necesariamente mediante la transmisión de más de un mensaje de datos, sin que ese hecho entrañe, de por sí, ninguna consecuencia negativa para la admisibilidad del comercio electrónico para la ejecución de este acto.

La lectura conjunta del párrafo 3) y del párrafo 4) tiene por objeto asegurar que un derecho sólo podrá ser transferido a una sola persona, y que sólo una sola persona podrá en un momento dado invocar ese derecho. Esos dos párrafos introducen, por así decir, un requisito que cabe designar como la "garantía de singularidad". Todo procedimiento por el que sea posible transferir un derecho o una obligación por vía electrónica, en lugar de mediante la entrega de un documento de papel, deberá llevar incorporada la garantía de singularidad como rasgo esencial del mismo. Toda red de comunicaciones debe disponer de un dispositivo técnico de seguridad que ofrezca

a la comunidad comercial esa garantía de singularidad y la fiabilidad de ese dispositivo deberá ser demostrada convincentemente. Ahora bien, es además preciso posibilitar el cumplimiento por otros medios de ese requisito legal de que se pruebe la fiabilidad de la garantía de singularidad ofrecida en casos en los que, por ejemplo, se utilice habitualmente un documento del tipo del conocimiento de embarque. Se necesita por ello una norma como la enunciada en el párrafo 3) para que se pueda autorizar el empleo de una comunicación electrónica en lugar de un documento consignado sobre papel.

Las palabras "a una determinada persona y a ninguna otra" no deben ser entendidas como excluyendo de su ámbito a aquellos casos en los que dos o más personas gocen conjuntamente de la titularidad sobre las mercancías. Por ejemplo, la referencia a "una persona" no tiene por objeto excluir aquellos casos en los que se haya incorporado a un solo conocimiento de embarque un derecho de copropiedad o más de un derecho sobre las mercancías.

Tal vez convenga aclarar algo más la noción de la "singularidad" de un mensaje de datos, ya que de lo contrario pudiera ser interpretada erróneamente. Por una parte, todo mensaje de datos enviado a una persona es necesariamente único, aun cuando su función sea la de duplicar un mensaje anterior, ya que ese mensaje de datos será enviado en un momento necesariamente distinto que el de todo otro mensaje de datos enviado anteriormente a esa misma persona. Si se envía un mensaje de datos a otra persona, ese mensaje es incluso más evidentemente único, aun cuando con él se esté transfiriendo el mismo derecho o la misma obligación. Ahora bien, en ese supuesto es probable que toda transferencia, que no sea la primera, sea fraudulenta. Por el contrario, si por "singularidad" se entiende que un mensaje de datos ha de ser de una categoría singular, es preciso señalar que en ese sentido ningún mensaje de datos puede ser único y ninguna transferencia efectuada por medio de un mensaje de datos puede ser única. Tras haber considerado la posibilidad de ese malentendido, la Comisión decidió retener la referencia a la noción de singularidad del mensaje de datos y de singularidad de la transferencia para los fines del artículo 17, ya que las nociones de la "unicidad" o "singularidad" de los documentos de transporte no son algo desconocido para los profesionales del derecho de transporte o para los usuarios de los documentos de transporte. Se decidió, no obstante, aclarar en la pre-

sente Guía que las palabras "se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos" deben ser entendidas como referidas a que se ha de utilizar un método fiable que garantice que los mensajes de datos, por los que se expresa el acto de llevar a cabo la transferencia de cierto derecho o cierta obligación de una persona, no puedan ser utilizados por esa persona, o en su nombre, de forma incoherente con cualesquiera otros mensajes de datos por los que se transfiera ese derecho o esa obligación por esa misma persona o en su nombre.

El párrafo 5) es un complemento necesario de la garantía de singularidad enunciada en el párrafo 3. La necesidad de seguridad es una consideración indispensable por lo que se ha de asegurar no sólo que el método utilizado ofrece una seguridad razonable de que un mismo mensaje de datos no será multiplicado, sino también de que no se podrán utilizar simultáneamente dos vías de comunicación para un mismo fin. El párrafo 5) aborda la necesidad básica de que se evite el riesgo de duplicar los documentos de transporte. El empleo de más de una forma de comunicación para diversos fines, por ejemplo, el empleo de documentos de papel para los mensajes auxiliares y de comunicaciones electrónicas para los conocimientos de embarque, no plantea ningún problema. Sin embargo, es indispensable para el buen funcionamiento de cualquier sistema basado en el empleo de un equivalente electrónico del conocimiento de embarque que se excluya la posibilidad de que unos mismos derechos puedan ser incorporados simultáneamente a un mensaje de datos y a un documento de papel. El párrafo 5) prevé asimismo la situación en la que una parte que haya convenido inicialmente en negociar a través de comunicaciones electrónicas haya de proseguirlas mediante el empleo de comunicaciones consignadas sobre papel, caso de resultarle ulteriormente imposible proseguir esas comunicaciones por vía electrónica.

La referencia a la noción de "poner fin" al empleo de mensajes de datos queda abierta a interpretación. En particular, la Ley Modelo no especifica quién ha de ser el que ponga término a ese empleo. De desear algún Estado precisar algo más este punto, tal vez desee indicar, por ejemplo, que puesto que el empleo del comercio electrónico suele estar basado en un acuerdo entre las partes, la decisión de "retornar" a las comunicaciones consignadas sobre papel habrá de ser también objeto de un acuerdo entre todas las

partes interesadas. De lo contrario, el iniciador gozaría de la facultad de seleccionar unilateralmente los medios de comunicación. También es posible que el Estado que incorpore el nuevo régimen desee disponer que, dado que el tenedor o titular del conocimiento de embarque ha de ser quien aplique el párrafo 5), será el tenedor de este conocimiento el que decida si prefiere ejercer sus derechos a través de un conocimiento de embarque consignado sobre papel o a través de un equivalente electrónico de ese documento, debiendo ser en ese caso el propio tenedor el que asuma los gastos de su decisión.

Si bien el párrafo 5) trata expresamente del supuesto en el que se sustituya la utilización de mensajes de datos por la utilización de documentos de papel, su texto puede ser entendido a la inversa. La sustitución de los mensajes de datos por un documento de papel no afectará a ningún derecho que pueda tenerse a devolver el documento de papel a su emisor y reanudar el empleo, en su lugar, de mensajes de datos.

La finalidad del párrafo 6) es la de regular directamente la aplicación de ciertas normas jurídicas al transporte de mercancías por mar. Por ejemplo, con arreglo a las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby, un contrato de transporte significa un contrato plasmado en un conocimiento de embarque. El empleo de un conocimiento de embarque o de un documento de titularidad similar hace que las Reglas de La Haya y de La Haya-Visby sean imperativamente aplicables al contrato de transporte incorporado a ese documento. Esas reglas no serían automáticamente aplicables a los contratos concertados por uno o más mensajes de datos. Por ello, se juzgó necesario una disposición como la del párrafo 6) a fin de evitar que se excluyera a un contrato del ámbito de aplicación de esas reglas por el mero hecho de que estuviera consignando mensajes de datos en lugar de en un conocimiento de embarque incorporado a un documento de papel. Si bien el párrafo 1) dispone que un mensaje de datos puede ser un medio eficaz para ejecutar los actos mencionados en el artículo 16, esa disposición no se ocupa de las reglas de derecho sustantivo que pudieran ser aplicables a un contrato que esté consignado, o del que se haya dejado constancia, en mensajes de datos.

Respecto al significado de la frase "esa norma no dejará de aplicarse" que figura en el párrafo 6), tal vez hubiera sido más sencillo expresar esa

misma idea disponiendo que las reglas aplicables a los contratos de transporte que consten en documentos de papel serán asimismo aplicables a los contratos de transporte que consten en mensajes de datos. Ahora bien, dada la amplitud del ámbito de aplicación del artículo 17, que regula no sólo el supuesto del conocimiento de embarque sino también el supuesto de una diversidad de otros documentos de transporte, una disposición expresada en esos términos hubiera tenido tal vez el efecto no buscado de extender la aplicación de normas como las Reglas de Hamburgo y las Reglas de La Haya-Visby a contratos a los que nunca se tuvo la intención de que esas normas fueran aplicables. La Comisión opinó que la formulación adoptada era la más adecuada para superar el obstáculo dimanante del derecho de que las Reglas de La Haya-Visby y otras normas imperativamente aplicables al conocimiento de embarque no fueran automáticamente aplicables a contratos de transporte consignados en mensajes de datos, sin ampliar inintencionalmente la aplicación de esas normas a otros tipos de contratos.

Referencias:

A/51/17, párrs. 139 a 172 y 198 a 204 (proyecto de artículo x); A/CN.9/421, párrs. 53 a 103; A/CN.9/WG.IV/WP.69, párrs. 82 a 95; A/50/17, párrs. 307 a 309; A/CN.9/407, párrs. 106 a 118; A/CN.9/WG.IV/WP.67, anexo; A/CN.9/WG.IV/WP.66, anexo II; A/49/17, párrs. 178, 179 y 201; A/CN.9/390, párr. 158.

Historia y antecedentes de la ley modelo

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y otros medios conexos de comunicación de datos, fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1996 en cumplimiento de su mandato de fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno que afectan a ese comercio. Durante los últimos 25 años, la CNUDMI, en la que colaboran Estados de todas las regiones situados en todos los nive-

les de desarrollo económico, ha cumplido su mandato formulando convenios internacionales (convenios y convenciones de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 ("Reglas de Hamburgo"), sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional, sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente), leyes modelo (las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, sobre transferencias internacionales de crédito y sobre la Contratación Pública de Bienes, de Obras y de Servicios), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, así como guías jurídicas (de contratos de obras, de operaciones de comercio compensatorio y de transferencias electrónicas de fondos).

La Ley Modelo fue preparada en respuesta al cambio fundamental que se había operado en las comunicaciones entre las partes (denominadas en ocasiones "socios comerciales") que recurrían a las modernas técnicas informáticas o de otra índole para sus relaciones de negocios. La Ley Modelo ofrece a los países un texto normativo ejemplar para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales. El texto de la Ley Modelo, reproducido anteriormente, figura en el anexo I del informe de la CNUDMI sobre la labor de su 29º período de sesiones.[3]

La Comisión, en su 17.º período de sesiones (1984), examinó un informe del Secretario General titulado "Aspectos jurídicos del proceso automático de datos" (A/CN.9/254), donde se describían diversas cuestiones jurídicas relativas al valor jurídico de la documentación informática, así como el requisito de un escrito, la autenticación, las condiciones generales, la responsabilidad y los conocimientos de embarque. La Comisión tomó nota de un informe del Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales (WP.4), que está copatrocinado por la Comisión Económica para Europa y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, y se ocupa de formular los mensajes normalizados

de Naciones Unidas/EDIFACT. En ese informe se sugería que, como estos problemas eran esencialmente de derecho mercantil internacional, la Comisión, en su calidad de principal órgano jurídico en esa esfera, parecía ser el foro de convergencia apropiado para realizar y coordinar las actividades necesarias.[4] La Comisión decidió inscribir en su programa de trabajo, como tema prioritario, la cuestión de las consecuencias jurídicas del procesamiento automático de datos en las corrientes del comercio internacional.[5]

En su 18.º período de sesiones (1985), la Comisión examinó un informe del Secretario General titulado "Valor jurídico de los registros computadorizados" (A/CN.9/265). En ese informe se llegó a la conclusión de que, a nivel mundial, se tropieza con menos problemas de lo que cabría esperar en el empleo de datos almacenados en soportes informáticos como prueba en los litigios. Se señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel. Tras deliberar sobre el informe, la Comisión decidió aprobar la siguiente recomendación en la que se expresan algunos de los principios en que se basa la Ley Modelo:

"*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

Observando que el empleo del procesamiento automático de datos (PAD) está próximo a quedar firmemente arraigado en todo el mundo en muchas fases del comercio nacional e internacional, así como en los servicios administrativos,

Observando también que las normas jurídicas referidas a los medios anteriores al PAD basados en el empleo del papel para documentar el comercio internacional pueden crear un obstáculo al empleo del PAD en cuanto llevan a la inseguridad jurídica o dificultan la eficiente utilización del PAD cuando su uso está por lo demás justificado,

Observando asimismo con reconocimiento los esfuerzos del Consejo de Europa, del Consejo de Cooperación Aduanera y de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa tendientes a superar los obstáculos que, como consecuencia de estas normas jurídicas, se oponen a la utilización del PAD en el comercio internacional,

Considerando al mismo tiempo que no es necesaria una unificación de las normas sobre la prueba respecto del empleo de registros de computadora en el comercio internacional, vista la experiencia que muestra que diferencias sustanciales en las normas sobre la prueba aplicadas al sistema de documentación sobre papel no han causado hasta el momento ningún daño apreciable al desarrollo del comercio internacional,

Considerando también que, como consecuencia de las novedades en la utilización del PAD, en diversos sistemas jurídicos se viene experimentando la conveniencia de adaptar las normas jurídicas existentes a estas novedades, teniendo debidamente en cuenta, sin embargo, la necesidad de estimular el empleo de los medios del PAD que proporcionarían la misma o mayor fiabilidad que la documentación sobre papel,

I) Recomienda a los gobiernos que:

a) Examinen las normas jurídicas que afectan la utilización de registros de computadora como prueba en los litigios, a fin de eliminar obstáculos innecesarios a su admisión, asegurarse de que las normas sean coherentes con las novedades de la tecnología y proporcionar medios apropiados para que los tribunales evalúen el crédito que merezcan los datos contenidos en esos registros;

b) Examinen las exigencias legales de que determinadas operaciones comerciales o documentos relacionados con el comercio consten por escrito, para determinar si la forma escrita es una condición de la eficacia de la validez de la operación o el documento, con miras a permitir, según corresponda, que la operación o el documento se registren y transmitan en forma legible mediante computadora;

c) Examinen los requisitos jurídicos de una firma manuscrita u otro método de autenticación sobre papel en los documentos relacionados con el comercio, con miras a permitir, según corresponda, la utilización de medios electrónicos de autenticación;

d) Examinen los requisitos jurídicos de que, para ser presentados a las autoridades, los documentos deban constar por escrito y estar firmados de puño y letra, con miras a permitir que, cuando corresponda, esos documentos se presenten en forma legible mediante computadora a los servicios administrativos que hayan adquirido el equipo necesario y fijado los procedimientos aplicables.

II) Recomienda a las organizaciones internacionales que elaboran textos jurídicos relacionados con el comercio que tengan en cuenta la presente Recomendación al adoptar esos textos y, según corresponda, estudien la posibilidad de modificar los textos jurídicos vigentes en armonía con la presente Recomendación."[6]

Dicha recomendación (denominada en adelante "Recomendación de la CNUDMI de 1985") fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/71, inciso b) del párrafo 5, de 11 de diciembre de 1985 a saber:

"La Asamblea General,

... Pide a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas de conformidad con la recomendación de la Comisión 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;... ".[7]

128. Como se ha señalado en diversos documentos y reuniones relativas al empleo internacional del comercio electrónico, por ejemplo en las reuniones del grupo de trabajo WP.4, se tiene en general la impresión de que pese a la labor efectuada desde que se aprobó la Recomendación de la CNUDMI de 1985, se ha progresado muy poco en la labor de ir eliminando del derecho interno la obligatoriedad legal del papel y de la firma escrita. El Comité Noruego sobre Procedimientos Comerciales (NORPRO) ha sugerido, en una carta a la Secretaría, que "una de las razones por las que se ha progresado tan poco pudiera ser que la recomendación de la CNUDMI señala la necesidad de una actualización jurídica, pero sin dar ninguna indicación de cómo efectuarla". En este sentido, la Comisión consideró qué medidas de seguimiento a la Recomendación de la CNUDMI de 1985 cabría adoptar a fin de estimular la necesaria modernización de la legislación. La decisión de la CNUDMI de formular legislación modelo sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y otros medios conexos de comunicación de datos puede considerarse una consecuencia del proceso a raíz del cual la Comisión aprobó la Recomendación de la CNUDMI de 1985.

129. En su 21.º período de sesiones (1988), la Comisión consideró una propuesta de que se examinara la necesidad de elaborar unos principios jurídicos

aplicables a la formación de los contratos mercantiles internacionales por medios electrónicos. Se señaló la carencia de un marco jurídico bien definido para esta práctica innovadora y cada vez más difundida, y que la labor futura en esa esfera podría contribuir a colmar esa laguna jurídica y a reducir la incertidumbre y las dificultades con las que se tropezaba en la práctica. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio preliminar sobre este tema.[8]

En su 23.º período de sesiones (1990), la Comisión tuvo ante sí un informe titulado "Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos" (A/CN.9/333). Ese informe contiene un resumen de los trabajos realizados en las Comunidades Europeas y en los Estados Unidos de América con respecto al requisito de la "forma escrita" y otros problemas observados en relación con el perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos. También se examinaron los esfuerzos realizados para superar algunos de los problemas mediante el recurso a acuerdos modelo en el campo de las comunicaciones.[9]

En su 24.º período de sesiones (1991), la Comisión tuvo ante sí el informe titulado "Intercambio electrónico de datos" (A/CN.9/350). En ese informe se describían las actividades actuales de las diversas organizaciones que se ocupaban de las cuestiones jurídicas relacionadas con el intercambio electrónico de datos (EDI) y se analizaba el contenido de diversos modelos de acuerdos de intercambio de información ya preparados o que se estaban preparando. En él se señalaba que esos documentos variaban considerablemente al variar también las necesidades de las diversas categorías de usuarios a las que iban destinados y que esa diversidad de los arreglos contractuales había sido considerada en ocasiones como un obstáculo para el desarrollo de un marco jurídico satisfactorio para la utilización en los negocios del comercio electrónico. Ese informe sugirió que existía la necesidad de un marco general que permitiera identificar las cuestiones importantes y que proporcionara un cuerpo básico de principios y reglas de derecho aplicables a las comunicaciones canalizadas por vía del comercio electrónico. En él se enuncia la conclusión de que cabía crear ese marco básico, pero hasta cierto punto únicamente, mediante arreglos contractuales entre las partes en una relación mantenida por comercio electrónico y que los marcos contractuales existentes que se ofrecían a la

comunidad de usuarios del comercio electrónico eran a menudo incompletos, mutuamente incompatibles e inapropiados para su utilización internacional por depender en gran medida de las estructuras del derecho interno local.

Con miras a armonizar las reglas básicas del EDI para facilitar su empleo en el comercio internacional, el informe indicaba que tal vez la Comisión deseara considerar la conveniencia de preparar un acuerdo uniforme de comunicaciones para ser aplicado en el comercio internacional. También señalaba que la labor de la Comisión en esta esfera sería de particular interés porque participarían en ella representantes de todos los ordenamientos jurídicos, así como representantes de países en desarrollo que habían tropezado ya o tropezarían pronto con las cuestiones que suscitaba el comercio electrónico.

La Comisión convino en que las cuestiones jurídicas que el comercio electrónico planteaba irían siendo cada vez más importantes a medida que se difundía el empleo del comercio electrónico y en que debería emprender trabajos en esta esfera. Recibió amplio apoyo la propuesta de que la Comisión emprendiera la preparación de una serie de principios jurídicos y reglas de derecho básicas aplicables a las comunicaciones por comercio electrónico.[10] La Comisión llegó a la conclusión de que era prematuro iniciar inmediatamente la preparación de un acuerdo uniforme de comunicaciones y tal vez fuese preferible seguir de cerca las actividades de otras organizaciones, en particular, de la Comisión de las Comunidades Europeas y de la Comisión Económica para Europa. Se señaló que el comercio electrónico de alta velocidad requería un nuevo examen de cuestiones contractuales básicas como la oferta y la aceptación, y que debían examinarse las repercusiones jurídicas del papel de los sistemas de gestión centralizada de datos en el derecho mercantil internacional.

Tras haber deliberado al respecto, la Comisión decidió que se dedicara un período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales a la identificación de las cuestiones jurídicas planteadas, y al examen de posibles disposiciones legales y que el Grupo de Trabajo informara a la Comisión sobre la conveniencia y viabilidad de emprender alguna nueva tarea, como la de preparar un acuerdo uniforme de las comunicaciones.[11]

En su 24.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales recomendó a la Comisión, que emprendiera la labor de ela-

borar un régimen jurídico uniforme para el comercio electrónico. Se convino en que esa labor debería tener la finalidad de facilitar la formulación de normas de tipo legislativo aplicables al comercio electrónico y que regularan cuestiones como las siguientes: el perfeccionamiento de los contratos; el riesgo y la responsabilidad de los socios comerciales y de los terceros proveedores de servicios en el marco de relaciones concertadas por comercio electrónico; ampliar el alcance de las definiciones de "escrito" y de "original" para dar cabida en ellas a las aplicaciones del comercio electrónico; y cuestiones relacionadas con la negociabilidad de los títulos negociables y documentos de titularidad (A/CN.9/360).

Aunque en general se estimaba conveniente lograr el alto grado de certidumbre y armonización jurídicas que ofrecían las disposiciones detalladas de una ley uniforme, era necesario actuar con cautela para mantener un enfoque flexible respecto de ciertas cuestiones acerca de las cuales sería tal vez prematuro o inapropiado legislar. Como ejemplo de una cuestión de esa índole, se afirmó que sería probablemente prematuro tratar de lograr la unificación legislativa de las reglas sobre el valor probatorio de los mensajes transmitidos por vía del comercio electrónico (Ibid., párr. 130). Se convino en que no se adoptaría ninguna decisión en esta temprana etapa en cuanto a la forma o al contenido definitivos del régimen jurídico que se prepararía. Se observó que, de conformidad con el enfoque flexible que había de adaptarse, podían plantearse situaciones en las cuales la preparación de cláusulas contractuales que sirviesen de modelo se consideraría una manera apropiada de abordar cuestiones concretas (Ibid., párr. 132).

La Comisión, en su 25.º período de sesiones (1992), apoyó la recomendación contenida en el informe del Grupo de Trabajo (Ibid., párrs. 129 a 133) y encomendó al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales que preparara una reglamentación jurídica del comercio electrónico, dándole, al mismo tiempo, a ese Grupo el nuevo nombre de Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos.[12]

El Grupo de Trabajo dedicó sus períodos de sesiones 25.º a 28.º a la preparación de reglas jurídicas aplicables al "intercambio electrónico de datos (EDI) y otros medios de comunicación de datos" (en los documentos A/CN.9/373, 387, 390 y 406 figuran informes sobre esos períodos de sesiones).[13]

El Grupo de Trabajo utilizó para su tarea los documentos de trabajo preparados por la Secretaría sobre posibles cuestiones que cabría incluir en la Ley Modelo. Entre esos documentos cabe citar el A/CN.9/WG.IV/WP.53 (Cuestiones que cabría incluir en el programa de futuros trabajos sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI)) y el documento A/CN.9/WG.IV/WP.55 (Esbozo de una reglamentación uniforme eventual de ciertos aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI)). Los proyectos de artículo de la Ley Modelo fueron presentados a la Secretaría en los documentos A/CN.9/WG.IV/WP.57, 60 y 62. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí además una propuesta del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativa al contenido eventual del proyecto de Ley Modelo (A/CN.9/WG.IV/WP.58).

El Grupo de Trabajo observó que si bien era cierto que a menudo se buscaban soluciones prácticas a las dificultades jurídicas que planteaba el empleo del comercio electrónico por la vía contractual (A/CN.9/WG.IV/WP. 53, párrs. 35 y 36), esas soluciones contractuales de la problemática jurídica del comercio electrónico se habían ido elaborando no sólo por razón de sus ventajas intrínsecas, como pudiera ser la mayor flexibilidad de una reglamentación contractual, sino también por razón de la falta de un régimen adecuado de carácter legislativo o jurisprudencial. La vía contractual adolece de una limitación intrínseca que es su incapacidad para resolver aquellos obstáculos jurídicos contra el empleo del comercio electrónico que puedan resultar de las normas imperativas del derecho legal o jurisprudencial interno aplicable. A ese respecto, una dificultad inherente al recurso a esta técnica de los acuerdos de comunicaciones sería la incertidumbre sobre el valor que puedan tener ante los tribunales algunas de las estipulaciones contractuales. Otra limitación de la vía contractual resulta de la imposibilidad de que las partes regulen en un contrato los derechos y obligaciones de terceros. Cabe pensar que, al menos, para aquellas partes que sean ajenas al acuerdo contractual de comunicaciones, sería preciso establecer un régimen legal basado en una ley modelo o en un convenio internacional (véase A/CN.9/350, párr. 107).

El Grupo de Trabajo examinó la conveniencia de preparar reglas uniformes con miras a eliminar los obstáculos e incertidumbres de índole jurídica que dificultan la utilización de las técnicas modernas de comunicación

en aquellos casos en los que su eliminación efectiva sólo sea posible por medio de disposiciones de rango legislativo. Una de las finalidades de esas reglas uniformes sería la de facultar a los posibles usuarios del comercio electrónico para establecer un enlace de comercio electrónico jurídicamente seguro por medio de un acuerdo de comunicaciones en el interior de una red cerrada. La segunda finalidad de ese régimen uniforme sería la de apoyar el empleo del comercio electrónico fuera de esa red cerrada, es decir, en un marco abierto. No obstante, debe recalcarse que la finalidad de las reglas uniformes es posibilitar, y no imponer, el empleo del EDI y de otros medios de comunicación conexos. Además, la finalidad del régimen uniforme no es la de regular las relaciones de comercio electrónico desde una perspectiva técnica sino la de crear un marco jurídico lo más seguro posible para facilitar la utilización del comercio electrónico por las partes para sus comunicaciones comerciales.

En cuanto al régimen uniforme, el Grupo de Trabajo acordó que debería seguir adelante con su labor, sobre la hipótesis de que el régimen uniforme revestiría la forma de disposiciones de rango legislativo. Si bien se convino en que se impartiría al texto la forma de una ley modelo, en un principio se estimó que, dada la naturaleza especial del texto jurídico que se estaba elaborando, había que encontrar un término más flexible que el de "ley modelo". Se hizo ver que el título debería reflejar que el texto contenía diversas disposiciones relativas a normas vigentes que estarían distribuidas en diversas partes de distintas leyes nacionales en el Estado que diera efecto a esa normativa. Era, pues, posible que los Estados que dieran efecto a la normativa no incorporaran necesariamente el texto in toto y que las disposiciones de tal "ley modelo" podrían no figurar juntas en un cuerpo normativo discreto del derecho interno. El texto podía calificarse, en la terminología de un ordenamiento jurídico, como "ley de enmienda de diversos otros textos legales". El Grupo de Trabajo convino en que la naturaleza especial del texto se expresaría mejor si se empleaba el término "disposiciones legales modelo". También se opinó que la naturaleza y el propósito de las "disposiciones legales modelo" podrían explicarse en una introducción o en las directrices que acompañaran al texto.

No obstante, el Grupo de Trabajo, en su 28.º período de sesiones, reconsideró su decisión anterior de formular un texto jurídico redactado en

forma de "disposiciones legales modelo" (A/CN.9/390, párr. 16). Se opinó en general que el empleo del término "disposiciones legales modelo" podía suscitar incertidumbre sobre la índole jurídica del instrumento. Si bien hubo cierto apoyo en favor de que se retuviera el término "disposiciones legales modelo", prevaleció el parecer de que era preferible el término "ley modelo". Se opinó en general que, como resultado de la orientación seguida por el Grupo de Trabajo, a medida que avanzaba su labor hacia la finalización del texto, cabía ahora considerar que las disposiciones legales modelo formaban un régimen equilibrado y bien definido que cabría promulgar conjuntamente como un solo instrumento (A/CN.9/406, párr. 75). Sin embargo, según la situación imperante en cada Estado que le diera efecto, la Ley Modelo podía incorporarse en forma de ley especial o integrarse en diversas partes de la legislación existente.

El texto del proyecto de Ley Modelo aprobado por el Grupo de Trabajo en su 28.º período de sesiones fue enviado a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus observaciones. Las observaciones recibidas fueron reproducidas en el documento A/CN.9/409 y Add.1 a 4. El texto de los proyectos de artículo de la Ley Modelo figura en el anexo del documento A/CN.9/406.

145. En su 28.º período de sesiones (1995) la Comisión aprobó el texto de los artículos 1 y 3 a 11 del proyecto de Ley Modelo y, por falta de tiempo suficiente, no completó su examen del proyecto de Ley Modelo, que fue por ello colocado en el programa del 29.º período de sesiones de la Comisión.[14]

La Comisión, en su 28.º período de sesiones,[15] recordó que, en su 27.º período de sesiones (1994), había habido apoyo general en favor de una recomendación presentada por el Grupo de Trabajo de que se iniciara alguna labor preliminar sobre el tema de la negociabilidad y transferibilidad de los derechos reales en un entorno informático tan pronto como concluyera la preparación de la Ley Modelo.[16] Se observó que, sobre la base de esa recomendación, se había celebrado un debate preliminar sobre la labor futura en el campo del intercambio electrónico de datos con ocasión del 29.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (el informe sobre ese debate figura en el documento A/CN.9/407, párrs. 106 a 118). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó también propuestas de la Cámara de Comercio

Internacional (A/CN.9/WG.IV/WP.65) y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (A/CN.9/ WG.IV/WP.66) de que se incluyeran disposiciones adicionales en el proyecto de Ley Modelo que reconocieran a ciertas cláusulas y condiciones incorporadas a un mensaje de datos por simple remisión el mismo grado de eficacia jurídica que si hubieran sido enunciadas en su integridad en el texto del mensaje de datos (el informe sobre el debate figura en el documento A/CN.9/407, párrs. 100 a 105). Se convino en que la cuestión de la incorporación por remisión debía considerarse en el contexto de la labor futura sobre negociabilidad y transferibilidad de los derechos reales (A/CN.9/407, párr. 103). La Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo de que se encomendara a la Secretaría la preparación de un estudio de antecedentes sobre la negociabilidad y transferibilidad por EDI de los documentos de transporte, que se refiriera en particular a la utilización del EDI para los fines de la documentación relativa al transporte marítimo, habida cuenta de las sugerencias y opiniones expresadas en el 29.º período de sesiones del Grupo de Trabajo.[17]

Sobre la base del estudio preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.69), el Grupo de Trabajo, en su 30.º período de sesiones, examinó las cuestiones de la transferibilidad de derechos en el contexto de los documentos de transporte y aprobó el texto del proyecto de disposiciones legales relativas a las cuestiones específicas de los mensajes de datos relativos a contratos de transporte de mercancías (el informe sobre ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/421). El texto de ese proyecto de disposiciones presentado a la Comisión por el Grupo de Trabajo para su examen final y posible adición como parte II de la Ley Modelo figuraba en el anexo del documento A/CN.9/421.

Al preparar la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo estimó que convendría proporcionar en un comentario información adicional relativa a la Ley Modelo. En particular, en el 28.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, durante el cual se finalizó el texto del proyecto de Ley Modelo para presentarlo a la Comisión, recibió apoyo general la sugerencia de que el proyecto de Ley Modelo fuera acompañado de una guía para ayudar a los Estados en la incorporación del proyecto de Ley Modelo al derecho interno y en su aplica-

ción. La guía, que en gran parte podría basarse en los trabajos preparatorios del proyecto de Ley Modelo, sería también de utilidad para los usuarios de medios electrónicos de comunicación, así como para los estudiosos en la materia. El Grupo de Trabajo observó que, en las deliberaciones celebradas en ese período de sesiones, había partido de la hipótesis de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo había decidido no resolver algunas cuestiones en el proyecto de Ley Modelo sino en la guía, a fin de orientar a los Estados en la incorporación del proyecto de Ley Modelo a su derecho interno. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto y lo presentara al Grupo de Trabajo en su 29.º período de sesiones para que lo examinara (A/ CN.9/406, párr. 177).

En su 29.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo (en adelante denominado "el proyecto de Guía") que figuraba en una nota preparada por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.64). Se pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de Guía en la que se tuvieran en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo, así como las distintas opiniones, sugerencias y preocupaciones expresadas en ese período de sesiones. En su 28.º período de sesiones, la Comisión colocó el proyecto de

Guía para la incorporación al derecho interno en el programa de su 29.º período de sesiones.[18]

En su 29.º período de sesiones, tras examinar el texto del proyecto de Ley Modelo, con las modificaciones introducidas por el grupo de redacción, la Comisión aprobó la siguiente decisión en su 605a.sesión, celebrada el 12 de junio de 1996:

"La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

Recordando que en la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, se le pidió que fomentara la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y tuviera presentes a ese respecto los intereses de todos los pueblos, particularmente los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que es cada vez mayor el número de transacciones del comercio internacional que se realizan mediante intercambio electrónico de datos y otros medios de comunicación denominados generalmente comercio

electrónico, que entrañan el uso de formas de comunicación y almacenamiento de información distintas del papel.

Recordando la recomendación sobre el valor jurídico de los registros computadorizados que aprobó en su 18.º período de sesiones, celebrado en 1985, y el inciso b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en que se pedía a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así conviniera, adoptasen medidas de conformidad con la recomendación de la Comisión[19] 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,

Considerando que la aprobación de una ley modelo que facilite el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados con sistemas jurídicos, sociales y económicos distintos contribuirá al fomento de la armonización de las relaciones económicas internacionales,

Convencida de que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico será muy útil para que los gobiernos mejoren sus leyes sobre el uso de formas de comunicación y almacenamiento de información distintas del papel y para la elaboración de esas leyes donde no existan actualmente,

Aprueba la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico tal como figura en el anexo I del informe sobre la labor realizada en el período de sesiones en curso;

Pide al Secretario General que transmita a los gobiernos y otros órganos interesados el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, acompañado de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo que ha preparado la Secretaría;

Recomienda a todos los Estados que den consideración favorable a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico cuando aprueben o modifiquen sus leyes, en vista de la necesidad de uniformidad en la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información distintas del papel."[20]

Citas

1 Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17), cap. VI, sec. B.

2 La documentación de referencia a la que se hace remisión por su signatura en la presente Guía pertenece a las tres categorías siguientes de documentos: A/50/17 y A/51/17 son las signaturas de los informes de la CNUDMI a la Asamblea General sobre la labor de sus períodos de sesiones 28º y 29º, celebrados en 1995 y 1996, respectivamente; Los documentos de la serie A/CN.9/ son los informes y notas examinados por la CNUDMI en sus períodos de sesiones anuales, en particular los informes presentados por el Grupo de Trabajo al examen de la Comisión; Los documentos de la serie A/CN.9/WG.IV/ son los documentos de trabajo examinados por el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (denominado anteriormente Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre intercambio electrónico de datos) en su labor de preparación de la Ley Modelo.

3 Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), anexo I.

4 "Legal aspects of automatic trade data interchange" (TRADE/WP.4/R.185/ Rev.1). El informe presentado al Grupo de Trabajo figura en el anexo del documento A/CN.9/238.

5 Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/39/17), párr. 136.

6 Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17), párr. 360.

7 La resolución 40/71 fue reproducida en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional, 1985, vol. XVI, primera parte, D (publicación de las Naciones Unidas, Núm. de venta S.87.V.4).

8 Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párrs. 46 y 47, e ibid., cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/44/17), párr. 289.

9 Ibid., Cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/45/17), párrs. 38 a 40.

10 Cabe observar que la Ley Modelo no está concebida como un régimen completo aplicable a todos los aspectos del comercio electrónico. La finalidad principal de la Ley Modelo es

adaptar los requisitos legales existentes para que dejen de constituir obstáculos a la utilización de los medios de comunicación y archivo de información sin soporte de papel.

11 Ibid., Cuadragésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/46/17), párrs. 311 a 317.

12 Ibid., Cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/47/17), párrs. 141 a 148.

13 El concepto "EDI y otros medios conexos de comunicación de datos" no debía interpretarse como una referencia al intercambio electrónico de datos en sentido estricto definido en el artículo 2 b) de la Ley Modelo sino a una variedad de usos de las técnicas de comunicación modernas relacionados con el comercio a los que cabría referirse ampliamente bajo la rúbrica de "comercio electrónico". La Ley Modelo no está destinada únicamente a ser aplicada en el contexto de las técnicas de comunicación existentes sino más bien como conjunto de reglas flexibles que deberían dar cabida a los adelantos técnicos previsibles. Se debería hacer hincapié en que la Ley Modelo tenía por finalidad no sólo establecer reglas para el movimiento o flujo de información comunicada por medio de mensajes de datos sino también tratar la información archivada en los mensajes de datos que no se pretendía comunicar.

14 Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párr. 306.

15 Ibid., párr. 307.

16 Ibid., Cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/49/17), párr. 201.

17 Ibid., Quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17), párr. 309.

18 Ibid., párr. 306.

19 Ibid., cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17), párrs. 354 a 360.

20 Ibid., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), párr. 209.

::Ley Modelo al derecho interno 2001

Naciones Unidas, Nueva York, 2002
Publicación de las Naciones Unidas
número de venta: s.02.v.8
ISBN 92-1-333321-8

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001

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 la asamblea general,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese res-

pecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por el medio de comunicación habitualmente conocido como comercio electrónico, en el que se usan métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel,

Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computadorizados aprobada por la comisión en su 18.° período de sesiones, celebrado en 1985, y el apartado b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la asamblea general, de 11 de diciembre de 1985, en la que la asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la comisión[1] 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,

Recordando también que la ley modelo sobre comercio electrónico fue aprobada por la comisión en su 29.° período de sesiones, celebrado en 1996[2],y complementada por un nuevo artículo 5 bis, aprobado por la comisión en su 31.° período de sesiones, celebrado en 1998[3], y recordando el párrafo 2 de la resolución 51/162 de la asamblea general, de 16 de diciembre de 1996, en la que la asamblea recomendaba que todos los estados consideraran de manera favorable la ley modelo cuando promulgaran o revisaran sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme,

Convencida de que la ley modelo sobre comercio electrónico es de considerable utilidad para los estados al posibilitar o facilitar la utilización del comercio electrónico, como demuestra la incorporación de esta ley modelo al derecho interno de un cierto número de países y su reconocimiento universal como referencia esencial en lo relativo a la legislación sobre el comercio electrónico,

Consciente de la gran utilidad de las nuevas tecnologías de identificación personal utilizadas en el comercio electrónico, generalmente conocidas como firmas electrónicas,

[1] documentos oficiales de la asamblea general, cuadragésimo período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/40/17), cap. vi, secc. b.
[2] ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/51/17), párr. 209.
[3] ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/53/17), cap. iii, secc. b. vii

Deseosa de desarrollar los principios fundamentales enunciados en el artículo 7 de la ley modelo sobre comercio electrónico4 con respecto al cumplimiento de la función de la firma en las operaciones de comercio electrónico, con miras a fomentar la confianza en las firmas electrónicas para que surtan efectos jurídicos cuando sean el equivalente funcional de las firmas manuales,

Convencida de que la armonización tecnológicamente neutral de ciertas nor-mas relativas al reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas y 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 darán una mayor certidumbre jurídica al comercio electrónico,

Estimando que la ley modelo sobre las firmas electrónicas constituirá un útil complemento de la ley modelo sobre comercio electrónico y ayudará en gran medida a los estados a formular legislación que regule la utilización de técnicas modernas de autenticación y a mejorar la legislación ya existente,

Considerando que la elaboración de legislación modelo que facilite la utilización de las firmas electrónicas de forma que sea aceptable para estados con distintos ordenamientos jurídicos, sociales y económicos podría contribuir al fomento de relaciones económicas armoniosas en el plano internacional,

Expresa su gratitud a la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional por haber completado y aprobado la ley modelo sobre las firmas electrónicas que figura en el anexo a la presente resolución y por haber preparado la guía para la incorporación de la ley modelo al derecho interno;

Recomienda que todos los estados consideren de manera favorable la ley modelo sobre las firmas electrónicas, junto con la ley modelo sobre comercio electrónico aprobada en 1996 y complementada en 1998, cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;

Recomienda también que se haga todo lo posible por promover el conocimiento y la disponibilidad generales de la ley modelo sobre comercio electrónico y de la ley modelo sobre las firmas electrónicas, junto con sus respectivas guías para la incorporación al derecho interno.

[4] Resolución 51/162 de la asamblea general, anexo.

Primera Parte

Ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas (2001)

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente ley:

a) por "firma electrónica" se entenderán 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;
b) por "certificado" se entenderá todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma;
c) por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (edi), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
d) por "firmante" se entenderá la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa;

*la comisión propone el texto siguiente para los estados que deseen ampliar el ámbito de apli
cación de la presente ley:"la presente ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas, excepto enlas situaciones siguientes: [...]."

**el término "comercial" deberá ser interpretado en forma lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. las relaciones de índole comercial comprenden, aunque no exclusivamente, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; facturaje ("factoring"); arrendamiento con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

e) por "prestador de servicios de certificación" se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas;
f) por "parte que confía" se entenderá la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

Artículo 3. Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma

Ninguna de las disposiciones de la presente ley, con la excepción del artículo 5, será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable.

Artículo 4. Interpretación

En la interpretación de la presente ley se tendrán en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa esta ley.

Artículo 5. Modificación mediante acuerdo

Las partes podrán establecer excepciones a la presente ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma

Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a

la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma.

La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si:

a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y
d) cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el párrafo 3 se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1, la fiabilidad de una firma electrónica; o
b) aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 7. Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6

[La persona, el órgano o la entidad, del sector público o privado, a que el estado promulgante haya expresamente atribuido competencia] podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6 de la presente ley.

La determinación que se haga con arreglo al párrafo 1 deberá ser compatible con las normas o criterios internacionales reconocidos.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Artículo 8. proceder del firmante

Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá:

a) actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma;
b) sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación conforme al artículo 9 de la presente ley, o en cualquier caso esforzarse razonablemente, para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si:

I) el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o
II) las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho;

c) cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales.

Serán de cargo del firmante las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los requisitos enunciados en el párrafo 1.

Artículo 9. Proceder del prestador de servicios de certificación

Cuando un prestador de servicios de certificación preste servicios para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, ese prestador de servicios de certificación deberá:

a) actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas;
b) actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaracio-

nes importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales;

c) proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que permitan a ésta determinar mediante el certificado:

I) la identidad del prestador de servicios de certificación;

II) que el firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado; iii) que los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado o antes de ella;

d) proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que, cuando proceda, permitan a ésta determinar mediante el certificado o de otra manera:

I) el método utilizado para comprobar la identidad del firmante;

II) cualquier limitación de los fines o del valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado;

III) si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho;

IV) cualquier limitación del alcance o del grado de responsabilidad que haya establecido el prestador de servicios de certificación;

V) si existe un medio para que el firmante dé aviso de que los datos de creación de la firma están en entredicho, conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 8 de la presente ley;

VI) si se ofrece un servicio para revocar oportunamente el certificado;

e) cuando se ofrezcan servicios conforme al inciso v) del apartado d), proporcionar un medio para que el firmante dé aviso conforme al apartado b) del párrafo 1 del artículo 8 de la presente ley y, cuando se ofrezcan servicios en virtud del inciso vi) del apartado d), cerciorarse de que existe un servicio para revocar oportunamente el certificado;

f) utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.

Serán de cargo del prestador de servicios de certificación las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los requisitos enunciados en el párrafo 1.

Artículo 10. Fiabilidad

A los efectos del apartado f) del párrafo 1 del artículo 9, para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos utilizados por un prestador de servicios de certificación son fiables, y en qué medida lo son, podrán tenerse en cuenta los factores siguientes:

a) los recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activos;
b) la calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;
c) los procedimientos para la tramitación del certificado y las solicitudes de certificados, y la conservación de registros;
d) la disponibilidad de información para los firmantes nombrados en el certificado y para las partes que confíen en éste;
e) la periodicidad y el alcance de la auditoría realizada por un órgano independiente;
f) la existencia de una declaración del estado, de un órgano de acreditación o del prestador de servicios de certificación respecto del cumplimiento o la existencia de los factores que anteceden; o
g) cualesquiera otros factores pertinentes.

Artículo 11. Proceder de la parte que confía en el certificado

Serán de cargo de la parte que confía en el certificado las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no haya tomado medidas razonables para:

a) verificar la fiabilidad de la firma electrónica; o
b) cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado:

i) verificar la validez, suspensión o revocación del certificado; y
ii) tener en cuenta cualquier limitación en relación con el certificado.

Artículo 12. Reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras

Al determinar si un certificado o una firma electrónica producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración:

a) el lugar en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica; ni
b) el lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante.

Todo certificado expedido fuera [del estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el estado promulgante] que todo certificado expedido en [el estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

Toda firma electrónica creada o utilizada fuera [del estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el estado promulgante] que toda firma electrónica creada o utilizada en [el estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

A efectos de determinar si un certificado o una firma electrónica presentan un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente para los fines del párrafo 2, o del párrafo 3, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente.

Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que el acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Segunda Parte

Guía para la incorporación de la ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas (2001) al derecho interno

Finalidad de la presente guía

Al preparar y aprobar la ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas (también denominada en la presente publicación "ley modelo" o "nueva ley modelo"), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo presente que la ley modelo ganaría eficacia para los estados que fueran a modernizar su legislación si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los estados la debida información de antecedentes y explicativa que les ayudara a aplicar la ley modelo. La comisión fue además consciente de la probabilidad de que la ley modelo fuera aplicada por algunos estados poco familiarizados con las técnicas de comunicación reguladas en la ley modelo. La presente guía, que en gran parte está inspirada en los trabajos preparatorios de la ley modelo, servirá también para orientar a otros usuarios del texto, como jueces, árbitros, profesionales y miembros del mundo académico. Esa información podría también ayudar a los estados a determinar si existe alguna disposición de la ley modelo que tal vez conviniera modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular. En la preparación de la ley modelo se partió del supuesto de que el proyecto de ley modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la ley modelo sino en la guía que había de orientar a los estados en la incorporación de la ley modelo a su derecho interno. En la información presentada en esta guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la ley modelo enuncian los rasgos mínimos esenciales de un instrumento legislativo destinado a lograr los objetivos de la ley modelo.

La presente guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo ha sido preparada por la secretaría conforme a la solicitud formula-

da por la CNUDMI en la clausura de su 34.º período de sesiones, celebrado en 2001. Está basada en las deliberaciones y decisiones de la comisión en dicho período de sesiones[1], en el que se aprobó la ley modelo, así como en las observaciones del grupo de trabajo sobre comercio electrónico, que llevó a cabo la labor preparatoria.

Capítulo I. Introducción a la ley modelo

Finalidad y origen de la ley modelo

Finalidad

El creciente empleo de técnicas de autenticación electrónica en sustitución de las firmas manuscritas y de otros procedimientos tradicionales de autenticación ha planteado la necesidad de crear un marco jurídico específico para reducir la incertidumbre con respecto a las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del empleo de dichas técnicas modernas (a las que puede denominarse en general "firmas electrónicas"). el riesgo de que distintos países adopten criterios legislativos diferentes en relación con las firmas electrónicas exige disposiciones legislativas uniformes que establezcan las normas básicas de lo que constituye en esencia un fenómeno internacional, en el que es fundamental la armonía jurídica y la interoperabilidad técnica.

Partiendo de los principios fundamentales que subyacen tras el artículo 7 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico (denominada siempre en la presente publicación con su nombre completo para evitar confusiones) con respecto al cumplimiento de la función de la firma en el ámbito electrónico, la finalidad de esta nueva ley modelo es ayudar a los estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo para abordar de manera más eficaz las cuestiones relativas a las firmas electrónicas. como complemento modesto pero importante de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la nueva ley modelo ofrece normas prácticas para comprobar la fiabilidad técnica de las firmas electrónicas. Además, ofrece un

[1] documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm.17 (a/56/17), párrs.

vínculo entre dicha fiabilidad técnica y la eficacia jurídica que cabe esperar de una determinada firma electrónica. La ley modelo supone una contribución importante a la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico al adoptar un criterio conforme al cual puede determinarse previamente (o evaluarse con anterioridad a su empleo) la eficacia jurídica de una determinada técnica de creación de una firma electrónica. Así pues, la ley modelo tiene como finalidad mejorar el entendimiento de las firmas electrónicas y la seguridad de que puede confiarse en determinadas técnicas de creación de firma electrónica en operaciones de importancia jurídica. Además, al establecer con la flexibilidad conveniente una serie de normas básicas de conducta para las diversas partes que puedan participar en el empleo de firmas electrónicas (es decir, fimantes, terceros que actúen confiando en el certificado y terceros prestadores de servicios), la ley modelo puede ayudar a configurar prácticas comerciales más armoniosas en el ciberespacio.

Los objetivos de la ley modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo de firmas electrónicas y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de documentación consignada sobre papel y a los de información consignada en soporte informático, son fundamentales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos que se recogen en la ley modelo (y la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico) para todo supuesto en que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación, el estado promulgante creará un entorno jurídico neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial. Este enfoque neutral con los medios técnicos, utilizado también en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, tiene la finalidad de abarcar, en principio, todas las situaciones de hecho en que se genera, archiva o comunica información, con independencia de cuál sea el soporte en el que se consigne la información (véase la guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico, párr. 24). Las palabras "entorno jurídico neutro", utilizadas en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, reflejan el principio de la no discriminación entre la información consignada sobre papel y la información comunicada o archivada electrónicamente. La nueva ley modelo refleja asimismo el principio de que no debe

discriminarse ninguna de las diversas técnicas que pueden utilizarse para comunicar o archivar electrónicamente información, un principio a veces denominado "de neutralidad tecnológica" (a/cn.9/484, párr. 23).

Antecedentes

La ley modelo supone un nuevo paso en una serie de instrumentos internacionales aprobados por la CNUDMI, que se centran especialmente en las necesidades del comercio electrónico o que se prepararon teniendo en cuenta las necesidades de los medios de comunicación modernos. Dentro de la primera categoría, la de instrumentos concretos adaptados al comercio electrónico, se encuentra la guía jurídica de la CNUDMI sobre transferencias electrónicas de fondos (1987), la ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito (1992) y la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico (1996 y 1998). En la segunda categoría figuran todas las convenciones y convenios internacionales y demás instrumentos legislativos aprobados por la CNUDMI desde 1978, en todos los cuales se promueve un menor formalismo y se recogen definiciones de "escrito" cuya finalidad es abarcar las comunicaciones inmateriales.

El instrumento más conocido de la CNUDMI en el ámbito del comercio electrónico es la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. su preparación a comienzos del decenio de 1990 fue consecuencia del creciente empleo de medios modernos de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI) para la realización de operaciones comerciales internacionales se vio que las nuevas tecnologías se habían desarrollado con rapidez y seguirían desarrollándose a medida que continuara difundiéndose el acceso a soportes técnicos como las autopistas de la información y la internet. No obstante, la comunicación de datos de cierta transcendencia jurídica en forma de mensaje sin soporte de papel podría verse obstaculizada por ciertos impedimentos legales al empleo de mensajes electrónicos, o por la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes. La CNUDMI ha preparado la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico para facilitar el creciente empleo de los medios de comunicación modernos.La finalidad de la ley modelo de la CNUDMI sobre

comercio electrónico es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de "comercio electrónico".

La decisión de la CNUDMI de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico se debió a que el régimen aplicable en ciertos países a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto en ese régimen las modalidades propias del comercio electrónico. En algunos casos, la legislación vigente impone o supone restricciones al empleo de los medios de comunicación modernos, por ejemplo, al prescribir el empleo de documentos "escritos", "firmados" u "originales". con respecto a los conceptos de documentos "escritos", "firmados" u "originales", la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico adoptó un enfoque basado en la equivalencia funcional. El "criterio de la equivalencia funcional" se basa 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 con técnicas del llamado comercio electrónico (véase la guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, párrs. 15 a 18).

Cuando se estaba preparando la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, unos cuantos países habían adoptado reglas especiales para regular determinados aspectos del comercio electrónico. Pero no existía una legislación general del comercio electrónico de ello podría resultar incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en otra forma que no fuera la de un documento tradicional sobre papel. Además, la necesidad de un marco legal seguro y de prácticas eficientes se hacía sentir no solo en aquellos países en los que se estaba difundiendo el empleo del EDI y del correo electrónico, sino también en otros muchos países en los que se había difundido el empleo del fax, el télex y otras técnicas de comunicación parecidas. en el apartado b) del artículo 2 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico se define el EDI como "la transferencia electrónica de información de una computa-

dora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto".

Además, la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico podía ayudar a remediar los inconvenientes que dimanaban del hecho de que un régimen legal interno inadecuado pudiera obstaculizar el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de la utilización de técnicas de comunicación modernas. En gran medida, la diversidad de los regímenes internos aplicables a esas técnicas de comunicación y la incertidumbre que ocasione esa disparidad puede contribuir a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales.

Añádase a ello que la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan obstáculos jurídicos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. En caso de adoptarse la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico como regla de interpretación al respecto, los estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.

Historia

Tras aprobar la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la comisión, en su 29.º período de sesiones celebrado en 1996, decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras. Se pidió al grupo de trabajo sobre comercio electrónico que examinara la conveniencia y viabilidad de preparar un régimen uniforme sobre los temas mencionados. Se convino en que el régimen uniforme que había que preparar se refiriera a cuestiones tales como: la base jurídica que sustenta los procesos de certificación, incluida la tecnología incipiente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y la responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en

el contexto del uso de técnicas de certificación; las cuestiones concretas relativas a la certificación mediante el uso de registros y la incorporación por remisión[2].

En su 30.º período de sesiones celebrado en 1997, la comisión tuvo ante sí el informe del grupo de trabajo acerca de la labor de su 31,º período de sesiones (a/cn.9/437). El grupo de trabajo indicó a la comisión que había logrado un consenso en relación con la importancia y la necesidad de proceder a la armonización de la legislación en ese ámbito. El grupo de trabajo no había adoptado una decisión firme respecto de la forma y el contenido de su labor al respecto, si bien había llegado a la conclusión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de régimen uniforme sobre cuestiones relacionadas con las firmas numéricas y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre cuestiones conexas. El grupo de trabajo recordó que, al margen de las cuestiones de las firmas numéricas y las entidades certificadoras, también podía ser necesario examinar las cuestiones siguientes en el ámbito del comercio electrónico: alternativas técnicas a la criptografía de clave pública; cuestiones generales relacionadas con las funciones desempeñadas por los terceros proveedores de servicios; y la contratación electrónica (a/cn.9/437, párrs. 156 y 157). La comisión hizo suyas las conclusiones a las que había llegado el grupo de trabajo y le encomendó la preparación de un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas de las firmas numéricas y las autoridades certificadoras.

Con respecto a la forma y al alcance exactos del régimen uniforme, la comisión convino de manera general en que no era posible adoptar una decisión al respecto en una etapa tan temprana. Se opinó que, si bien el grupo de trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones de las firmas numéricas, en vista de la función predominante aparentemente desempeñada por la criptografía de clave pública en la práctica más reciente en materia de comercio electrónico, el régimen uniforme que se preparara debería atenerse al criterio de neutralidad adoptado en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en lo relativo a los diversos medios técnicos disponibles. Por ello, el régimen uniforme no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Además, al ocuparse de la criptografía de clave

[2] ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/51/17), párrs. 223 y 224.

pública, tal vez fuera preciso que el régimen uniforme diera cabida a diversos grados de seguridad y reconociera diversos efectos jurídicos y grados de responsabilidad según cuáles fueran los servicios prestados en el contexto de las firmas numéricas. Respecto de las entidades certificadoras, si bien la comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad o seguridad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el grupo de trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que las entidades certificadoras habrían de respetar estrictamente, particularmente en casos en los que se solicitara una certificación de validez transfronteriza[3].

El grupo de trabajo empezó a preparar el régimen uniforme (que luego se aprobó con la denominación de ley modelo) en su 32.º período de sesiones a partir de una nota preparada por la secretaría (a/cn.9/ wg.iv/wp.73).

En su 31º período de sesiones celebrado en 1998, la comisión tuvo ante sí el informe del grupo de trabajo acerca de la labor de su 32.º período de sesiones (a/cn.9/446). Se observó que el grupo de trabajo, en sus períodos de sesiones 31.º y 32.º había tropezado con evidentes dificultades para llegar a una concepción común de las nuevas cuestiones jurídicas planteadas por la mayor utilización de las firmas numéricas y otras firmas electrónicas. Se observó también que todavía no se había llegado a un consenso respecto del modo de abordar estas cuestiones en un marco jurídico internacionalmente aceptable. No obstante, la comisión consideró, en general, que los progresos logrados hacían pensar que el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas iba adquiriendo gradualmente una configuración viable. La comisión reafirmó la decisión de su 30.º período de sesiones sobre la viabilidad de preparar ese régimen uniforme, e indicó que confiaba en que el grupo de trabajo llevaría adelante su labor en su 33.º período de sesiones sobre la base del proyecto revisado que había preparado la secretaría (a/cn.9/wg.iv/wp.76). En el curso del debate, la comisión observó con satisfacción que el grupo de trabajo gozaba de general reconocimiento como foro internacional de especial importancia para intercambiar opiniones sobre los problemas jurídicos del comercio electrónico, y para buscar soluciones a esos problemas[4].

El grupo de trabajo siguió examinando el régimen uniforme en sus períodos de sesiones 33.º, en 1998, y 34.º, en 1999, sobre la base de las

[3] ibíd., quincuagésimo segundo período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/52/17), párrs. 249 a 251.
[4] ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/53/17), párrs. 207 a 211

notas preparadas por la secretaría (a/cn.9/wg.iv/wp.76, a/cn.9/wg.iv/wp.79 y a/cn.9/wg.iv/wp.80). los informes de dichos períodos de sesiones figuran en los documentos a/cn.9/454 y a/cn.9/457.

En su 32.º período de sesiones, en 1999, la comisión tuvo ante sí el informe del grupo de trabajo acerca de la labor de esos dos períodos de sesiones (a/cn.9/454 y a/cn.9/457). La comisión expresó su agradecimiento por los esfuerzos desplegados por el grupo de trabajo con miras a preparar el proyecto de régimen uniforme para las firmas electrónicas. Si bien en general se convino en que durante esos períodos de sesiones se habían logrado progresos considerables en la comprensión de las cuestiones jurídicas relativas a las firmas electrónicas, también se estimó que el grupo de trabajo se había enfrentado con dificultades para formar un consenso con respecto a la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.

Se expresó la opinión de que el enfoque que actualmente adoptaba el grupo de trabajo no reflejaba en forma suficiente la necesidad comercial de flexibilidad en la utilización de las firmas electrónicas y otras técnicas de autenticación. Según esa opinión, el régimen uniforme, tal y como ahora lo concebía el grupo de trabajo, hacía demasiado hincapié en las técnicas de la firma numérica y, en el ámbito de la firma numérica, en una aplicación específica de ésta que requería la certificación de terceros. Por tanto, se sugirió que la labor del grupo de trabajo respecto de las firmas electrónicas se limitase a las cuestiones jurídicas de la certificación de validez transfronteriza o se aplazara completamente hasta que las prácticas del mercado se hubiesen establecido con mayor claridad. Se expresó una opinión conexa en el sentido de que, para los fines del comercio internacional, casi todas las cuestiones jurídicas emanadas de la utilización de las firmas electrónicas ya estaban resueltas en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (véase más adelante el párrafo 28). Si bien podía ser necesario cierto grado de reglamentación con respecto a algunos usos de las firmas electrónicas que rebasaban el ámbito del derecho comercial, el grupo de trabajo no debía desempeñar ninguna función de reglamentación.

Según la opinión ampliamente predominante, el grupo de trabajo debía continuar su tarea sobre la base de su mandato original. Con respecto a la necesidad de contar con un régimen uniforme para las firmas electrónicas, se

explicó que, en muchos países, las autoridades gubernamentales y legislativas que estaban preparando legislación sobre cuestiones relativas a las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública (icp) u otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas con éstas (véase a/cn.9/457, párr. 16), esperaban que la cnudmi les brindara orientación. En cuanto a la decisión adoptada por el grupo de trabajo de concentrarse en las cuestiones y la terminología relativas a las icp, se recordó que si bien la interacción de relaciones entre los tres tipos de partes distintas (a saber, los titulares de las claves, las entidades certificadoras y los terceros que confían en el certificado) correspondía a un posible modelo de icp, otros modelos eran concebibles, por ejemplo, en los que no participara una entidad certificadora independiente. Una de las principales ventajas que podrían obtenerse si se centrara la atención en las cuestiones relativas a las icp era facilitar la estructuración de la ley modelo mediante la referencia a tres funciones (o papeles) con respecto a los pares de claves, a saber, la función del emisor (o suscriptor) de la clave, la función de certificación y la función de confiar. se convino en general en que esas tres funciones eran comunes a todos los modelos de icp. Se convino también en que las tres funciones debían abordarse sin perjuicio de que las desempeñasen tres entidades distintas o que dos de esas funciones las desempeñase la misma persona (por ejemplo, cuando la entidad certificadora fuese asimismo el tercero que confían en el certificado). Además, se estimó en general que al centrar la atención en las funciones típicas de las icp y no en un determinado modelo podría facilitarse la elaboración en una etapa ulterior de una norma plenamente neutral respecto de los medios técnicos utilizados (véase a/cn.9/457, párr. 68).

Tras un debate, la comisión reafirmó sus decisiones anteriores en cuanto a la viabilidad de preparar un régimen uniforme y expresó su confianza en la posibilidad de que el grupo de trabajo alcanzara progresos aún mayores en sus próximos períodos de sesiones[5].

El grupo de trabajo continuó con su labor en sus períodos de sesiones 35.º, en septiembre de 1999, y 36.º, en febrero de 2000, sobre la base de las notas preparadas por la secretaría (a/cn.9/wg.iv/wp.82 y a/cn.9/wg.iv/wp.84). En su 33.º período de sesiones, en 2000, la comisión tuvo ante

[5] ibíd., quincuagésimo cuarto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/54/17), párrs. 308 a 314.

sí el informe del grupo de trabajo acerca de la labor de esos dos períodos de sesiones (a/cn.9/465 y a/cn.9/467). Se observó que el grupo de trabajo había aprobado, en su 36.º período de sesiones, los proyectos de artículos 1 y 3 a 12 del régimen uniforme. Se dijo que quedaban algunas cuestiones que debían aclararse ante la decisión del grupo de trabajo de suprimir el concepto de firma electrónica refrendada del proyecto de régimen uniforme. Se expresó, la inquietud de que, dependiendo de la decisión que adoptara el grupo de trabajo con respecto a los proyectos de los artículos 2 y 13, pudiera ser necesario volver a examinar el resto de las disposiciones del proyecto a fin de evitar que se creara una situación en la que la norma fijada por el régimen uniforme se aplicara de forma igual a las firmas electrónicas que aseguraban un alto nivel de seguridad y a los certificados de bajo valor que pudieran emplearse en el ámbito de las comunicaciones electrónicas cuya finalidad no era producir efectos jurídicos importantes.

En su 33.º período de sesiones, en 2000, la comisión expresó su reconocimiento por la labor realizada por el grupo de trabajo y por los progresos logrados en la preparación del proyecto de régimen uniforme. Se instó al grupo de trabajo a que, en su 37.º período de sesiones, finalizara la labor relativa al régimen uniforme y examinara el proyecto de guía para su incorporación al derecho interno que prepararía la secretaría[6]. Al preparar la ley modelo, el grupo de trabajo señaló que sería útil ofrecer, en un comentario, información adicional sobre la ley modelo conforme al criterio seguido en la preparación de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, se apoyó en general la sugerencia de complementar la nueva ley modelo con una guía que orientara a los estados en la promulgación y aplicación de la ley modelo. La guía, gran parte de la cual podría extraerse de los travaux préparatoires de la ley modelo, sería también de utilidad para otros usuarios de la ley modelo. La comisión pidió al grupo de trabajo que examinara el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno que preparara la secretaría.

El grupo de trabajo concluyó la preparación del régimen uniforme en su 37.º período de sesiones (celebrado en septiembre de 2000). El informe de ese período de sesiones figura en el documento a/cn.9/483. En el contexto de sus períodos de sesiones 37.º y 38.º, el grupo de trabajo examinó igual-

[6] ibíd., quincuagésimo quinto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/55/17), párrs. 380 a 383.

mente el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno sobre la base del proyecto preparado por la secretaría (a/cn.9/wg.iv/ wg.88). El informe del 38.º período de sesiones figura en el documento a/cn.9/484. Se pidió a la secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de guía que reflejase las decisiones adoptadas por el grupo de trabajo, sobre la base de las diversas opiniones, sugerencias y preocupaciones expresadas. Se observó que el régimen uniforme (en la forma de un proyecto de ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas), junto con el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, se presentaría a la comisión para su examen y aprobación en el 34.º período de sesiones de ésta, en 2001.

En preparación del 34.º período de sesiones de la comisión, se distribuyó entre todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas el texto del proyecto de ley modelo para que hicieran observaciones.

En ese período de sesiones, la comisión tuvo a su disposición los informes sobre la labor realizada por el grupo de trabajo en sus períodos de sesiones 37.º y 38.º, las observaciones recibidas de gobiernos y de organizaciones internacionales (a/cn.9/492 y add.1 a 3), así como el proyecto revisado de guía preparado por la secretaría (a/cn./493). Al principio de los trabajos, la comisión examinó las observaciones recibidas de gobiernos y organizaciones internacionales (a/cn.9/492 y add.1 a 3). Una vez concluido el examen de las propuestas formuladas por las delegaciones sobre la base de las observaciones presentadas por gobiernos y organizaciones internacionales interesadas, la comisión procedió a examinar sistemáticamente los proyectos de artículo y a estudiar el proyecto de guía preparado por la secretaría (a/cn.9/493). A reserva de las enmiendas necesarias para reflejar las deliberaciones y decisiones de la comisión con respecto a la ley modelo y al propio proyecto de guía, y a reserva de los cambios de edición necesarios para mantener una terminología uniforme, la comisión consideró que el texto del proyecto de guía cumplía adecuadamente el propósito de la comisión de ofrecer orientación a otros usuarios de la ley modelo, también se pidió a la secretaría que preparara la versión definitiva de la guía y que la publicara conjuntamente con la ley modelo. La comisión, tras examinar el texto del proyecto de ley modelo revisado por el grupo de redacción y del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno preparado por la secretaría (a/cn.9/493), adoptó la siguiente decisión:

"La Comisión de las Naciones
Unidas para el Derecho Mercantil Internacional"

Recordando el mandato que le confió la asamblea general en su resolución 2205 (xxi), de 17 de diciembre de 1966, de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, de tener presentes los intereses que tengan todos los pueblos, y particularmente los países en desarrollo, en un amplio desarrollo del comercio internacional,

Observando que un creciente número de operaciones de comercio internacional se realiza por medios de comunicación que se suelen denominar de 'comercio electrónico', que entrañan la utilización de formas de comunicación, almacenamiento y autenticación de información sin soporte de papel,

Recordando la recomendación sobre el valor jurídico de los registros informáticos aprobada por la comisión en su 18.º período de sesiones, celebrado en 1985, y el apartado b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la asamblea general, de 11 de diciembre de 1985, en la que la asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando procediera, adoptaran medidas de conformidad con la recomendación de la comisión a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automatizado de datos en el comercio internacional,

Recordando asimismo la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico aprobada por la comisión en su 29.º período de sesiones, celebrado en 1996, y complementada por un nuevo artículo 5 bis aprobado por la comisión en su 31.º período de sesiones, celebrado en 1998,

Convencida de que la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico es de considerable utilidad para los estados al posibilitar o facilitar la utilización del comercio electrónico ayudándoles a formular legislación que regule el uso de formas de comunicación y almacenamiento de información sin soporte de papel y a mejorar la legislación ya existente,

Consciente de la gran utilidad de las nuevas tecnologías de identificación personal utilizadas en el comercio electrónico, generalmente conocidas como 'firmas electrónicas',

Deseosa de desarrollar los principios fundamentales enunciados en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico regla-

mentando el cumplimiento de la función de la firma en las operaciones de comercio electrónico,

Convencida de que la armonización tecnológicamente neutral de ciertas normas relativas al reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas dará una mayor certeza jurídica al comercio electrónico,

Convencida de que la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas ayudará considerablemente a los estados a formular legislación que regule la utilización de técnicas modernas de autenticación y a mejorar la legislación ya existente,

Considerando que la elaboración de legislación modelo que facilite la utilización de las firmas electrónicas de forma que sea aceptable para estados con distintos ordenamientos jurídicos, sociales y económicos podría contribuir al fomento de relaciones económicas armoniosas en el plano internacional,

Aprueba la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas, que figura en el anexo ii del informe de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional sobre la labor realizada en su 34.º período de sesiones[7], junto con la guía para la incorporación de la ley modelo al derecho interno;

Pide al secretario general que transmita a los gobiernos y a otros órganos interesados el texto de la ley modelo de la cnudmi sobre las firmas electrónicas, junto con la guía para la incorporación de la ley modelo al derecho interno;

Recomienda a todos los estados que, al formular o revisar su legislación, tengan presente esta nueva ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas, junto con la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico aprobada en 1996 y complementada en 1998, habida cuenta de la necesidad de uniformar el derecho aplicable a las formas de comunicación, almacenamiento y autenticación de información sin soporte de papel.8"

La ley modelo como instrumento de armonización de leyes

Al igual que la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la ley modelo reviste la forma de un texto legislativo que se recomienda a los estados para que lo incorporen a su derecho interno. la finalidad de la ley

[7] ibíd., quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 204, 238, 274 y 283.
[8] ibíd., párr. 284.

modelo no es obstaculizar la vigencia de las normas de derecho internacional privado (véase más adelante el párrafo 136) a diferencia de un convenio o convención internacional, la legislación modelo no requiere que el estado promulgante lo notifique a las naciones unidas o a otros estados que asimismo puedan haberlo promulgado. No obstante, se recomienda encarecidamente a los estados que informen a la secretaría de la CNUDMI de la promulgación de la ley modelo (o de cualquier otra ley modelo elaborada por la CNUDMI).

Al incorporar el texto de una ley modelo a su derecho interno, los estados pueden modificar o excluir algunas de sus disposiciones en el caso de un convenio o convención, la posibilidad de que los estados partes hagan modificaciones en el texto uniforme (lo que normalmente se denomina "reservas") está mucho más limitada; los convenios y convenciones de derecho mercantil en especial prohíben normalmente las reservas o permiten sólo algunas específicas. La flexibilidad inherente a la legislación modelo es particularmente conveniente en los casos en que es probable que los estados deseen hacer varias modificaciones al texto uniforme antes de incorporarlo a su derecho interno en particular, cabe esperar algunas modificaciones cuando el texto uniforme está estrechamente relacionado con el sistema procesal y judicial nacional. No obstante, ello supone también que el grado de armonización y certeza que se logra mediante la legislación modelo es probablemente inferior al de un convenio o convención. Sin embargo, esta desventaja relativa de la legislación modelo puede compensarse con el hecho de que el número de estados promulgantes de la legislación modelo será probablemente superior al número de estados que se adhieren a un convenio o convención. Para lograr un grado satisfactorio de armonización y certeza se recomienda que los estados hagan el menor número posible de modificaciones al incorporar la nueva ley modelo a su derecho interno y que tengan debidamente en cuenta sus principios básicos, como los de neutralidad tecnológica, no discriminación entre las firmas electrónicas nacionales y extranjeras, la autonomía de las partes y el origen internacional de la ley modelo en general, al promulgar la nueva ley modelo (o la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico), es aconsejable ajustarse lo más posible al texto uniforme a fin de que el derecho

interno sea lo más transparente y familiar posible para los extranjeros que recurran a él.

Cabe señalar que algunos países estiman que las cuestiones jurídicas relacionadas con la utilización de la firma electrónica han quedado resueltas con la ley modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico y no tienen previsto adoptar ninguna otra normativa sobre la firma electrónica hasta que las prácticas del mercado en esta nueva esfera estén mejor asentadas. Sin embargo, los estados que incorporen a su derecho interno la nueva ley modelo junto con la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico pueden esperar otros beneficios. Para los países en los que las autoridades gubernamentales y legislativas están preparando leyes sobre cuestiones relacionadas con las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de infraestructuras de clave pública (icp), ciertas disposiciones de la ley modelo ofrecen la orientación de un instrumento internacional que se preparó teniendo presentes las cuestiones y la terminología relacionadas con las icp para todos los países, la ley modelo ofrece un conjunto de normas básicas que pueden aplicarse independientemente del modelo de icp, ya que prevén la interacción de dos funciones distintas que pueden intervenir en cualquier tipo de firma electrónica (es decir, crear y confiar en una firma electrónica) y una tercera función que se da en ciertos tipos de firmas electrónicas (la de certificar esas firmas). Estas tres funciones deben abordarse prescindiendo de si son de hecho desempeñadas por tres o más entidades distintas (por ejemplo, cuando diferentes entidades se encargan de distintos aspectos de la función de certificación) o de si dos de esas funciones corren a cargo de una misma persona (por ejemplo, cuando una parte que confía en la firma se encarga de la certificación) la ley modelo presenta, en consecuencia, un terreno común para los sistemas de icp que confían en entidades de certificación independientes y sistemas de firma electrónica en los que no participa ese tercero independiente en el proceso de la firma electrónica. En todos los casos, la nueva ley modelo aporta una mayor certidumbre en lo que respecta a la eficacia jurídica de las firmas electrónicas, sin limitar la posibilidad de recurrir al criterio flexible consagrado en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (véanse infra los párrs. 67 y 70 a 75).

Observaciones generales sobre las firmas electrónicas[9]

Funciones de las firmas

El artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico se basa en el reconocimiento de las funciones que cumple una firma manuscrita en papel durante la preparación de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, el grupo de trabajo examinó las siguientes funciones tradicionales de las firmas manuscritas: identificar a una persona, proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto de la firma; y vincular a esa persona con el contenido de un documento. Se señaló además que una firma podía cumplir diversas funciones, según cuál fuera la naturaleza del documento firmado, por ejemplo, una firma podía constituir un testimonio de la intención de una parte de considerarse vinculada por el contenido de un contrato firmado, de la intención de una persona de respaldar la autoría de un texto (manifestando así su conciencia de que del acto de la firma podrían derivarse consecuencias jurídicas), de la intención de una persona de asociarse al contenido de un documento escrito por otra persona, y del hecho de que una persona estuviera en un lugar determinado en un momento determinado. En los párrafos 65, 67 y 70 a 75 de la presente guía se sigue examinando la relación de la ley modelo con el artículo 7 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico.

30. En los medios electrónicos, el original de un mensaje no se puede distinguir de una copia, no lleva una firma manuscrita y no figura en papel las posibilidades de fraude son considerables debido a la facilidad con que se pueden interceptar y alterar datos en forma electrónica sin posibilidad de detección y a la velocidad con que se procesan operaciones múltiples. La finalidad de las diversas técnicas que ya están disponibles en el mercado o que se están desarrollando es ofrecer medios técnicos para que algunas o todas las funciones identificadas como características de las firmas manuscritas se puedan cumplir en un entorno electrónico. estas técnicas se pueden denominar, en general, "firmas electrónicas".

[9] Esta sección está extraída del documento a/cn.9/wg.iv/wp.71, parte I.

Al examinar la conveniencia y viabilidad de preparar la nueva ley modelo y de definir el ámbito de un régimen uniforme, la CNUDMI ha examinado varias técnicas de firmas electrónicas ya disponibles o en desarrollo. La finalidad común de dichas técnicas es proporcionar equivalentes funcionales de las a) firmas manuscritas y b) de otros tipos de mecanismos de autenticación empleados en soporte de papel (por ejemplo, sellos o timbres). Las mismas técnicas pueden desempeñar en el ámbito del comercio electrónico otras funciones derivadas de las funciones de la firma pero que no correspondan a un equivalente estricto en soporte de papel.

32. Como ya se ha indicado (véanse los párrs. 21 y 28), los órganos ejecutivos y legislativos de muchos países que están preparando legislación sobre cuestiones relacionadas con las firmas electrónicas, incluido el establecimiento de icp, u otros proyectos sobre cuestiones estrechamente relacionadas, esperan recibir orientación de la CNUDMI (véase a/cn.9/457, párr. 16). En cuanto a la decisión adoptada por la CNUDMI de centrarse en cuestiones y terminología relativas a las icp, debería señalarse que la relación existente entre tres tipos distintos de partes (a saber, firmantes, prestadores de servicios de certificación y partes que confían en el certificado) corresponde a un modelo posible de icp, pero que ya se utilizan corrientemente en el mercado otros modelos (por ejemplo, sin la participación de ninguna entidad certificadora independiente). Una de las principales ventajas de centrarse en las cuestiones de icp es facilitar la elaboración de una ley modelo por remisión a tres funciones (o papeles) con respecto a las firmas electrónicas, a saber, la función del firmante, la función de certificación y la función de confianza, dos de estas tres funciones son comunes a todos los modelos de icp (la creación de la firma electrónica y la confianza en ella). La tercera función se da en muchos modelos de icp (la certificación de una firma electrónica). Estas tres funciones deberían tratarse prescindiendo de si son de hecho desempeñadas por tres o más entidades distintas (por ejemplo, cuando diferentes entidades se encargan de distintos aspectos de la función de certificación) o de si la misma persona desempeña dos de dichas funciones

(por ejemplo, si el prestador de los servicios de certificación es también tercero que confía en el certificado). Centrarse en las funciones que se llevan a cabo en un entorno de icp y no hacerlo en un modelo concreto facilita también el desarrollo de una norma de neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables en la medida en que en la tecnología de firmas electrónicas que no sean de icp se prestan funciones análogas.

Firmas electrónicas basadas en técnicas distintas de la criptografía de clave pública

Además de las "firmas numéricas" basadas en la criptografía de clave pública, hay otros diversos dispositivos, también incluidos en el concepto más amplio de mecanismos de "firma electrónica" que ya se están utilizando o que se prevé utilizar en el futuro con miras a cumplir una o más de las funciones de las firmas manuscritas mencionadas anteriormente. Por ejemplo, ciertas técnicas se basarían en la autenticación mediante un dispositivo biométrico basado en las firmas manuscritas. Con este dispositivo el firmante firmaría de forma manual utilizando un lápiz especial en una pantalla de computadora o en un bloc numérico, la firma manuscrita sería luego analizada por la computadora y almacenada como un con-junto de valores numéricos que se podrían agregar a un mensaje de datos y que el receptor podría recuperar en pantalla para autenticar la firma. Este sistema de autenticación exigiría el análisis previo de muestras de firmas manuscritas y su almacenamiento utilizando el dispositivo biométrico. Otras técnicas entrañan el uso de números de identificación personal (NIP), versiones digitalizadas de firmas manuscritas y otros métodos, como la selección de un signo afirmativo en la pantalla electrónica mediante el ratón.

La CNUDMI ha tratado de elaborar una legislación uniforme que pueda facilitar el empleo tanto de las firmas numéricas como de otras formas de firmas electrónicas. A ese fin, la CNUDMI ha tratado de abordar las cuestiones jurídicas de las firmas electrónicas a un nivel intermedio entre la gran generalidad de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y la especificidad que podría requerirse al abordar una técnica de firma determinada. En cualquier caso, y siguiendo el criterio de neutralidad respecto de los

medios técnicos de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, no debe interpretarse que la ley modelo desalienta el empleo de cualquier método de firma electrónica ya existente o que pueda aplicarse en el futuro.

Firmas numéricas basadas en la criptografía de clave pública[10]

Ante el creciente empleo de técnicas de firma numérica en diversos países, la siguiente introducción puede ser de utilidad.

a) Terminología y conceptos técnicos

I) Criptografía

Las firmas numéricas se crean y verifican utilizando la criptografía, la rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original. las firmas numéricas utilizan lo que se denomina "criptografía de clave pública", que con frecuencia se basa en el empleo de funciones algorítmicas para generar dos "claves" diferentes pero matemáticamente relacionadas entre sí (por ejemplo, grandes números producidos utilizando una serie de fórmulas matemáticas aplicadas a números primos). Una de esas claves se utiliza para crear una firma numérica o transformar datos en una forma aparentemente ininteligible, y la otra para verificar una firma numérica o devolver el mensaje a su forma original. El equipo y los programas informáticos que utilizan dos de esas claves se suelen denominar en conjunto "criptosistemas" o, más concretamente, "criptosistemas asimétricos" cuando se basan en el empleo de algoritmos asimétricos.

Si bien el empleo de la criptografía es una de las características principales de las firmas numéricas, el mero hecho de que una firma numérica se utilice para autenticar un mensaje que contiene información en forma numérica, no debe confundirse con el uso más general de la criptografía con fines de confidencialidad. El cifrado con fines de confidencialidad es un método utilizado para codificar una comunicación electrónica de modo que sólo el originador y el

[10] Muchos elementos de la descripción del funcionamiento del sistema de firmas numéricas que figura en la presente sección se basan en las directrices sobre las firmas numéricas de la asociación de abogados de los estados unidos, págs. 8 a 17.

destinatario del mensaje puedan leerlo. en algunos países, el empleo de la criptografía con fines de confidencialidad está limitado por ley por razones de orden público que pueden incluir consideraciones de defensa nacional. ahora bien, el empleo de la criptografía con fines de autenticación para crear una firma numérica, no implica necesariamente el empleo del cifrado para dar carácter confidencial a la información durante el proceso de comunicación, dado que la firma numérica codificada puede sencillamente añadirse a un mensaje no codificado.

Claves públicas y privadas

Las claves complementarias utilizadas para las firmas numéricas se denominan "clave privada", que se utiliza sólo por el firmante para crear la firma numérica, y "clave pública", que de ordinario conocen más personas y se utiliza para que el tercero que actúa confiando en el certificado pueda verificar la firma numérica. El usuario de una clave privada debe mantenerla en secreto. Hay que señalar que el usuario individual no necesita conocer la clave privada, esa clave privada probablemente se mantendrá en una tarjeta inteligente, o se podrá acceder a ella mediante un número de identificación personal o mediante un dispositivo de identificación biométrica, por ejemplo, mediante el reconocimiento de una huella digital si es necesario que muchas personas verifiquen firmas numéricas del firmante, la clave pública debe estar a disposición o en poder de todas ellas, por ejemplo publicándola en una base de datos de acceso electrónico o en cualquier otro directorio público de fácil acceso. Si bien las claves del par están matemáticamente relacionadas entre sí, el diseño y la ejecución en forma segura de un criptosistema asimétrico hace virtualmente imposible que las personas que conocen la clave pública puedan deducir de ella la clave privada. Los algoritmos más comunes para la codificación mediante el empleo de claves públicas y privadas se basan en una característica importante de los grandes números primos: una vez que se multiplican entre sí para obtener un nuevo número, constituye una tarea larga y difícil determinar cuáles fueron los dos números primos que crearon ese nuevo número mayor[11]. De esa forma, aunque muchas personas puedan conocer la clave pública de un firmante determinado y utilizarla para verificar las firmas de éste, no podrán descu-

brir la clave privada del firmante y utilizarla para falsificar firmas numéricas.

Cabe señalar, sin embargo, que el concepto de criptografía de clave pública no implica necesariamente el empleo de los algoritmos mencionados anteriormente basados en números primos. En la actualidad se están utilizando o desarrollando otras técnicas matemáticas, como los criptosistemas de curvas elípticas, que se suelen describir como sistemas que ofrecen un alto grado de seguridad mediante el empleo de longitudes de clave notablemente reducidas.

La función control

Además de la creación de pares de claves, se utiliza otro proceso fundamental, generalmente conocido con el nombre de "función control", tanto para crear como para verificar una firma numérica. La función control es un proceso matemático, basado en un algoritmo que crea una representación numérica o forma comprimida del mensaje, a menudo conocida con el nombre de "compendio de mensaje" o "huella digital" del mensaje, en forma de un "valor control" o "resultado control" de una longitud estándar que suele ser mucho menor que la del mensaje, pero que es no obstante esencialmente única con respecto al mismo. Todo cambio en el mensaje produce invariablemente un resultado control diferente cuando se utiliza la misma función control. en el caso de una función control segura, a veces denominada "función control unidireccional", es virtualmente imposible deducir el mensaje original aun cuando se conozca su valor control. Por tanto las funciones control hacen posible que el programa de creación de firmas numéricas funcione con cantidades más pequeñas y predecibles de datos, proporcionando no obstante una consistente correlación testimonial con respecto al contenido original del mensaje, y dando garantías efectivas de que el mensaje no ha sido modificado desde que se firmó en forma numérica.

[11] Algunas de las normativas existentes, como las directrices sobre las firmas numéricas de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos recogen el concepto de "inviabilidad computacional" para describir la previsión de la irreversibilidad del proceso, es decir, la esperanza de que sea imposible descifrar la clave privada secreta de un usuario a partir de la clave pública de éste. El concepto de "inviabilidad computacional" es un concepto relativo que se basa en el valor de los datos protegidos, la estructura informática necesaria para protegerlos, el período de tiempo que debe durar la protección, y el costo y el tiempo necesarios para acceder a los datos, evaluando dichos factores en la actualidad y a la vista de futuros avances tecnológicos (directrices sobre las firmas numéricas de la asociación de abogados de los estados unidos, pág. 9, nota 23).

La firma numérica

Para firmar un documento o cualquier otro material de información, el firmante delimita primero en forma precisa el espacio de lo que se ha de firmar. seguidamente, mediante la función control del programa informático del firmante se obtiene un resultado control único, a todos los fines prácticos, de la información que se firme. El programa del firmante transforma luego el resultado control en una firma numérica utilizando la clave privada del firmante. La firma numérica resultante es, por lo tanto, exclusiva de la información firmada y de la clave privada utilizada para crearla.

Normalmente, la firma numérica (es decir, el resultado control con firma numérica del mensaje) se adjunta al mensaje y se almacena o transmite junto con éste. Ahora bien, puede también ser enviado o almacenado como un conjunto de datos independiente, siempre que mantenga una vinculación fiable con el mensaje correspondiente dado que una firma numérica es exclusiva de un mensaje, resulta inservible si se la desvincula de éste permanentemente.

Verificación de la firma numérica

La verificación de la firma numérica es el proceso de comprobar esa firma por remisión al mensaje original y a una clave pública dada, determinando de esa forma si la firma numérica fue creada para ese mismo mensaje utilizando la clave privada que corresponde a la clave pública remitida. La verificación de una firma numérica se logra calculando un nuevo resultado control del mensaje original mediante la misma función control utilizada para crear la firma numérica. seguidamente, utilizando la clave pública y el nuevo resultado control, el verificador comprueba si la firma numérica fue creada utilizando la clave privada correspondiente y si el nuevo resultado control calculado corresponde al resultado control original que fue transformado en la firma numérica durante el proceso de la firma.

El programa de verificación confirmará la firma numérica como "verificada": a) si se utilizó la clave privada del firmante para firmar numéricamente el mensaje, lo que ocurre si se utilizó la clave pública del firmante

para verificar la firma, dado que esta clave pública sólo verificará una firma numérica creada con la clave privada del firmante; y b) si el mensaje no fue modificado, lo que ocurre si el resultado control calculado por el verificador es idéntico al resultado control extraído de la firma numérica durante el proceso de verificación.

Infraestructura de clave pública y prestadores de servicios de certificación

Para verificar una firma numérica, el verificador debe tener acceso a la clave pública del firmante y tener la seguridad de que corresponde a la clave privada de éste. Ahora bien, un par de claves pública y privada no tiene ninguna vinculación intrínseca con ninguna persona; es simplemente un par de números. Se necesita un mecanismo adicional para vincular en forma fiable a una persona o entidad determinada al par de claves. Para que la codificación de la clave pública pueda cumplir su función específica, debe proporcionar un medio para facilitar claves a una gran diversidad de personas, muchas de las cuales no son conocidas del firmante y con las que no ha desarrollado ninguna relación de confianza. A tal efecto, las partes interesadas deben tener cierto grado de confianza en las claves pública y privada que se emitan.

El nivel de confianza requerido puede existir entre partes que confíen unas en otras, que se hayan tratado durante algún tiempo, que se comuniquen mediante sistemas cerrados, que operen dentro de un grupo cerrado, o que puedan regir sus operaciones en base a un contrato, por ejemplo, en un acuerdo de asociación comercial. En una transacción en la que participen sólo dos partes, cada una puede sencillamente comunicar (por un canal relativamente seguro, como un servicio de mensajería o el teléfono, que conlleva el reconocimiento de la voz) la clave pública del par de claves que cada parte utilizará. ahora bien, este nivel de confianza puede no existir entre partes que no realicen transacciones con frecuencia, que se comuniquen a través de sistemas abiertos (por ejemplo, internet), que no formen parte de un grupo cerrado o que no tengan acuerdos de asociación comercial u otros acuerdos que rijan sus relaciones.

Además, dado que la criptografía de clave pública es una tecnología altamente matemática, todos los usuarios deben tener confianza en las aptitudes,

los conocimientos y los dispositivos de seguridad de las partes que emitan las claves pública y privada[12].

Un firmante potencial podría hacer una declaración pública indicando que las firmas verificables por una clave pública determinada deben ser consideradas como procedentes de ese firmante. La forma y la eficacia jurídica de tal declaración se regirían por la ley del estado promulgante. Por ejemplo, la presunción de que una firma electrónica corresponde a un determinado firmante podría corroborarse con la publicación de la declaración en un boletín oficial o en un documento de "autenticidad" reconocida por las autoridades públicas (véase a/cn.9/484, párr. 36). Ahora bien, puede que otras partes no estén dispuestas a aceptar la declaración, especialmente si no hay ningún contrato previo que establezca con certeza el efecto jurídico de esa declaración publicada. la parte que se base en esa declaración publicada sin ningún respaldo en un sistema abierto corre un gran riesgo de confiar inadvertidamente en un impostor, o de tener que impugnar con buen éxito la negativa falsa de una firma numérica (cuestión a menudo mencionada en el contexto del "repudio negativo" de firmas numéricas) si la operación resulta desfavorable para el supuesto firmante.

Una forma de resolver algunos de estos problemas es el empleo de uno o más terceros para vincular a un firmante identificado o el nombre del firmante a una clave pública determinada. el tercero se conoce en general, en la mayoría de las normas y directrices técnicas, como "entidad certificadora", "prestador de servicios de certificación" o "proveedor de servicios de certificación" (en la ley modelo, se ha elegido el término de "prestador de servicios de certificación"). En unos cuantos países, esas entidades certificadoras están siendo organizadas en forma jerárquica en lo que suele denominarse una infraestructura de clave pública (icp). Otras soluciones pueden ser, por ejemplo, los certificados emitidos por terceros que confían en la firma.

Infraestructura de clave pública

El establecimiento de una icp es una forma de ofrecer confianza en que: a) la clave pública del usuario no ha sido alterada y corresponde de hecho a la

[12] En los casos en que los mismos usuarios emitan claves criptográficas públicas y privadas, tal vez debieran determinar la fiabilidad a los certificadores de claves públicas.

clave privada del mismo usuario; b) se han utilizado buenas técnicas de codificación para poder ofrecer el grado de confianza descrito más arriba, una icp puede ofrecer diversos servicios, incluidos los siguientes: a) gestión de las claves criptográficas utilizadas para las firmas numéricas; b) certificación de que una clave pública corresponde a una clave privada; c) provisión de claves a usuarios finales; d) publicación de una guía segura de certificados o claves públicas; e) administración de contraseñas personales (por ejemplo, tarjetas inteligentes) que permitan identificar al usuario con información de identificación personal singular o que permitan generar y almacenar claves privadas individuales; f) comprobación de la identificación de los usuarios finales y prestación de servicios a éstos; g) prestación de servicios de marcado cronológico; y h) gestión de las claves de codificación utilizadas con fines de confidencialidad en los casos en que esté autorizado el empleo de esa técnica.

Una icp se suele basar en diversos niveles jerárquicos de autoridad por ejemplo, los modelos considerados en ciertos países para el establecimiento de una posible icp entrañan referencias a los siguientes niveles:

> a) Una "entidad principal" única que certificaría la tecnología y las prácticas a todas las partes autorizadas a emitir certificados o pares de claves criptográficas en relación con el empleo de dichos pares de claves, y llevaría un registro de las entidades de certificación subordinadas[13]; b) diversas entidades de certificación, situadas bajo la autoridad "principal" que certificarían que la clave pública de un usuario corresponde en realidad a la clave privada del mismo usuario (es decir que no ha sido alterada); y c) diversas entidades locales de registro, situadas bajo las autoridades de certificación, que reciban de los usuarios peticiones de pares de claves criptográficas o de certificados relativos al empleo de esos pares de claves, y que exijan pruebas de identidad a los posibles usuarios y las verifiquen. en ciertos países, se prevé que los notarios podrían actuar como entidades locales de registro o prestar apoyo a dichas entidades.

Las cuestiones de la icp quizá no se presten fácilmente a la armonización a nivel internacional. La organización de una icp puede comprender diversas cuestiones técnicas, así como cuestiones de orden público que es

[13] La cuestión de si un gobierno debe tener capacidad técnica para retener o recrear claves de confidencialidad privada podría abordarse a nivel de las entidades principales.

preferible dejar al arbitrio de cada estado[14]. a este respecto, quizá sea necesario que cada estado que contemple el establecimiento de una icp adopte decisiones, por ejemplo, respecto de: a) la forma y el número de niveles de entidades que se incluirán en una icp; b) si sólo las entidades certificadoras pertenecientes a la icp podrán emitir pares de claves criptográficas o si éstos podrían ser emitidos también por los propios usuarios; c) si las entidades certificadoras de la validez de los pares de claves criptográficas deben ser entidades públicas o si también las entidades privadas podrían actuar como entidades certificadoras; d) si el proceso de autorizar a una entidad determinada para actuar como entidad certificadora debería adoptar la forma de una autorización expresa, o "licencia", por parte del estado, o si se deberían utilizar otros métodos para controlar la calidad de las operaciones de las entidades certificadoras permitiendo que éstas actúen sin una autorización específica; e) el grado en el que el empleo de la criptografía se debe autorizar para fines de confidencialidad; y f) si las autoridades gubernamentales deben poder tener acceso a la información codificada mediante un mecanismo de "custodia de claves" o de otro tipo. La ley modelo no aborda estas cuestiones.

El prestador de servicios de certificación

Para vincular un par de claves a un posible firmante, el prestador de servicios de certificación (o entidad certificadora) emite un certificado, un registro electrónico que indica una clave pública junto con el nombre del suscriptor del certificado como "sujeto" del certificado, y puede confirmar que el firmante potencial que figura en el certificado posee la clave privada correspondiente. La función principal del certificado es vincular una clave pública con un titular determinado. el "receptor" del certificado que desee confiar en una firma numérica creada por el tenedor que figura en el certificado puede utilizar la clave pública indicada en ese certificado para verificar si la firma numérica fue creada con la clave privada correspondiente. Si dicha verificación es positiva, se obtiene técnicamente cierta garantía de que la firma numérica fue creada por el firmante y de que la parte del mensaje utilizada

[14] No obstante, en el ámbito de la certificación cruzada, la necesidad de la interoperabilidad mundial exige que las icp de distintos países puedan comunicarse entre ellas.

en la función de control (y, por lo tanto, el correspondiente mensaje de datos) no han sido modificados desde que fue firmado en forma numérica.

Para asegurar la autenticidad del certificado con respecto tanto a su contenido como a su fuente, la entidad certificadora lo firma en forma numérica. La firma numérica de la entidad certificadora que figura en el certificado se puede verificar utilizando la clave pública de esta última que está recogida en otro certificado de otra entidad certificadora (que puede ser de un nivel jerárquico superior aunque no tiene que serlo necesariamente), y ese otro certificado puede ser a su vez autenticado utilizando la clave pública incluida en un tercer certificado, y así sucesivamente hasta que la persona que confíe en la firma numérica tenga seguridad suficiente de su autenticidad. Entre otros métodos posibles para verificar la firma númerica del prestador de servicios de certificación, esa firma se puede registrar en un certificado emitido por ese mismo prestador de servicios de certificación, que se denomina en ocasiones "certificado raíz"[15]. En todos los casos, el prestador de servicios de certificación que emita el certificado deberá firmarlo en forma numérica durante el período de validez del otro certificado utilizado para verificar la firma numérica del prestador de servicios de certificación. Para fomentar la confianza en la firma numérica del prestador de servicios de certificación, algunos estados prevén la publicación en un boletín oficial de la clave pública del prestador de servicios de certificación (véase a/cn.9/484, párr. 41) o de ciertos datos sobre el certificado raíz (como la "huella digital numérica").

La firma numérica correspondiente a un mensaje, ya sea creada por el tenedor de un par de claves para autenticar un mensaje o por una entidad certificadora para autenticar su certificado, deberá contener por lo general un sello cronológico fiable para que el verificador pueda determinar con certeza si la firma numérica fue creada durante el "período de validez" indicado en el certificado, que es una condición para poder verificar una firma numérica.

Para que una clave pública y su correspondencia con un firmante específico se pueda utilizar fácilmente en una verificación, el certificado debe publicarse en un repositorio o difundirse por otros medios, normalmente, los repositorios son bases de datos electrónicas de certificados y de otro tipo de información a los que se puede acceder y que pueden utilizarse para verificar firmas numéricas.

[15] Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párr. 279.

Una vez emitido, puede que un certificado no sea fiable, por ejemplo si el titular falsifica su identidad ante la entidad certificadora. En otros casos, un certificado puede ser suficientemente fiable cuando se emite pero dejar de serlo posteriormente. Si la clave privada ha quedado "en entredicho", por ejemplo, si el tenedor de la clave ha perdido el control de ésta, el certificado puede dejar de ser fiable y la entidad certificadora (a petición del titular o aun sin el consentimiento de éste, según las circunstancias), puede suspender (interrumpir temporalmente el período de validez) o revocar (invalidar de forma permanente) el certificado. Inmediatamente después de suspender o revocar un certificado, el prestador de servicios de certificación puede hacer pública la revocación o suspensión o notificar este hecho a las personas que soliciten información o de que se tenga conocimiento de que han recibido una firma numérica verificable por remisión al certificado que carezca de fiabilidad.

Las entidades certificadoras podrán ser entidades públicas o privadas. en algunos países, por razones de orden público, se prevé que sólo las entidades públicas estén autorizadas para actuar como entidades certificadoras. En otros países, se considera que los servicios de certificación deben quedar abiertos a la competencia del sector privado. Independientemente de que las entidades certificadoras sean públicas o privadas y de que deban obtener una autorización, normalmente existe más de una entidad certificadora en la icp. Plantea especial inquietud la relación entre las diversas entidades certificadoras. Las entidades certificadoras de una icp pueden establecerse en una estructura jerárquica, en la que algunas de ellas sólo certifican a otras entidades certificadoras, que son las que prestan los servicios directamente a los usuarios. En dicha estructura, las entidades certificadoras están subordinadas a otras entidades certificadoras. En otras posibles estructuras, algunas entidades certificadoras pueden actuar en plano de igualdad con otras entidades certificadoras. En una icp de gran envergadura, probablemente habría tanto entidades certificadoras subordinadas como superiores. En cualquier caso, si no existe una icp internacional, pueden surgir una serie de problemas con respecto al reconocimiento de certificados por parte de entidades certificadoras de países extranjeros. El reconocimiento de certificados extranjeros se realiza generalmente mediante un método denominado "certificación cruza-

da". En tales casos es necesario que entidades certificadoras sustancialmente equivalentes (o entidades certificadoras dispuestas a asumir ciertos riesgos con respecto a los certificados emitidos por otras entidades certificadoras) reconozcan mutuamente los servicios prestados, de forma que los respectivos usuarios puedan comunicarse entre ellos de manera más eficaz y con mayor confianza en la fiabilidad de los certificados que se emitan.

Con respecto a la certificación cruzada o a las cadenas de certificados, cuando entran en juego diversas políticas de seguridad se pueden plantear problemas jurídicos, por ejemplo, respecto de la identificación del autor del error que causó una pérdida y de la fuente en que se basó el usuario. Cabe señalar que las normas jurídicas cuya aprobación se está considerando en ciertos países disponen que, cuando los niveles de seguridad y las políticas se pongan en conocimiento de los usuarios y no haya negligencia por parte de las entidades certificadoras, no habrá responsabilidad.

Puede que corresponda al prestador de servicios de certificación o a la entidad principal asegurar que los requisitos de sus políticas se cumplen de forma permanente. Si bien la selección de las entidades certificadoras puede basarse en diversos factores, incluida la solidez de la clave pública utilizada y la identidad del usuario, el grado de fiabilidad del prestador de servicios de certificación puede depender también de la forma en que aplique las normas para emitir certificados y de la fiabilidad de la evaluación que realice de los datos que reciba de los usuarios que solicitan certificados. Es de especial importancia el régimen de responsabilidad que se aplique al prestador de servicios de certificación con respecto al cumplimiento, en todo momento, de la política y los requisitos de seguridad de la entidad principal o de la entidad certificadora superior, o de cualquier otro requisito aplicable. igual importancia reviste la obligación del prestador de servicios de certificación de actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas, tal como dispone el artículo 9, 1 a) de la nueva ley modelo (véase a/cn.9/484, párr. 43).

Al preparar la ley modelo, se examinaron los siguientes elementos como posibles factores a tener en cuenta para determinar el grado de fiabilidad de un prestador de servicios de certificación: a) independencia (es decir, ausencia de un interés financiero o de otro tipo en las transacciones subyacentes);

b) recursos y capacidad financieros para asumir la responsabilidad por el riesgo de pérdida; c) experiencia en tecnologías de clave pública y familiaridad con procedimientos de seguridad apropiados; d) longevidad (las entidades certificadoras pueden tener que presentar pruebas de certificaciones o claves de codificación muchos años después de que se hayan concluido las operaciones subyacentes, por ejemplo con motivo de un juicio o de una reivindicación); e) aprobación del equipo y los programas informáticos; f) mantenimiento de un registro de auditoría y realización de auditorías por una entidad independiente; g) existencia de un plan para casos de emergencia (por ejemplo, "programas de recuperación en casos de desastre" o depósitos de claves); h) selección y gestión del personal; i) disposiciones para proteger su propia clave privada; j) seguridad interna; k) disposiciones para suspender las operaciones, incluida la notificación a los usuarios; l) garantías y representaciones (otorgadas o excluidas); m) limitación de la responsabilidad; n) seguros; o) capacidad para intercambiar datos con otras entidades certificadoras; y p) procedimientos de revocación (en caso de que la clave criptográfica se haya perdido o haya quedado en entredicho).

Sinopsis del proceso de la firma numérica

El empleo de las firmas numéricas abarca por lo general los siguietes procesos, realizados por el firmante o por el receptor del mensaje firmado en forma numérica:

a) el usuario genera o recibe un par de claves criptográficas único;
b) el firmante prepara el mensaje (por ejemplo, en forma de mensaje de correo electrónico) en una computadora;
c) el firmante prepara un "compendio del mensaje", utilizando un algoritmo de control seguro. en la creación de la firma numérica se utiliza un resultado de control derivado del mensaje firmado y de una clave privada determinada, que es exclusivo de éstos;
d) el firmante codifica el compendio del mensaje utilizando la clave privada. la clave privada se aplica al texto del compendio del mensaje utilizando un algoritmo matemático. la firma numérica es el compendio del mensaje codificado;
e) el firmante normalmente adjunta o acompaña su firma numérica al mensaje;

f) el firmante envía en forma electrónica la firma numérica y el mensaje (codificado o no) a la parte que confía en la firma;
g) la parte que confía en la firma utiliza la clave pública del firmante para verificar la firma numérica de éste. esta verificación con la clave pública del firmante da cierta seguridad técnica de que el mensaje proviene exclusivamente del remitente;
h) la parte que confía en la firma también crea un "compendio del mensaje" utilizando el mismo algoritmo de control seguro;
i) la parte que confía en la firma compara los dos compendios de mensajes. si son iguales, esa parte sabe que el mensaje no ha sido modificado después de la firma. aun cuando sólo se haya modificado una parte ínfima del mensaje después de que haya sido firmado en forma numérica, el compendio del mensaje creado por dicha parte será diferente al compendio del mensaje creado por el firmante;
j) la parte que confía en la firma obtiene un certificado del portador de servicios de certificación (o por conducto del firmante o de otro modo), que confirma la firma numérica del firmante del mensaje (véase a/cn.9/484, párr. 44). el certificado contiene la clave pública y el nombre del firmante (y posiblemente otra información), y lleva la firma numérica del prestador de servicios de certificación.

Principales características de la ley modelo

Naturaleza legislativa de la ley modelo

La nueva ley modelo fue preparada partiendo del supuesto de que debería derivarse directamente del artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y considerarse como una forma de proporcionar información detallada sobre el concepto del "método fiable para identificar" a una persona y "para indicar que esa persona aprueba" la información que figura en el mensaje de datos (véase a/cn.9/wg.iv/ wp.71, párr. 49).

Se planteó la cuestión de la forma que debería adoptar el instrumento y se señaló la importancia de tener en cuenta la relación de la forma con el contenido. Se sugirieron diferentes criterios con respecto a la forma que debería adoptar, como los de régimen contractual, disposiciones legislativas, o directrices para que los estados estudiasen la promulgación de legislación sobre las

firmas electrónicas. se adoptó como hipótesis de trabajo que las disposiciones que se prepararan serían normas jurídicas con un comentario, y no meras directrices (véase a/cn.9/437, párr. 27; a/cn.9/ 446, párr. 25; y a/cn.9/457, párrs. 51 y 72). el texto se adoptó finalmente en forma de ley modelo (a/cn.9/483, párrs. 137 y 138).

Relación con la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico

1. La ley modelo como instrumento jurídico independiente

Las nuevas disposiciones podrían haberse integrado en una versión ampliada de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, por ejemplo, como una nueva tercera parte de esta última. con el fin de señalar claramente que cabría promulgar la ley modelo tanto en forma de norma independiente como en forma de texto adicional a la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, se decidió finalmente que la nueva ley modelo adquiriese la forma de un instrumento jurídico independiente (véase a/cn.9/465, párr. 37). Esta decisión se deriva principalmente del hecho de que, cuando se estaba concluyendo la ley modelo, la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico ya se había aplicado de manera satisfactoria en una serie de países y otros estaban estudiando su aprobación. la preparación de una versión ampliada de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico podría haber puesto en peligro el éxito de la versión original al sugerir que era necesario mejorar ese texto mediante una actualización. además, la preparación de una nueva versión de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico podría haber dado lugar a confusiones en los países que la habían aprobado recientemente.

2. Plena coherencia entre la ley modelo y la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico

Al redactar la nueva ley modelo, se hizo todo lo posible por asegurar su coherencia con el contenido y la terminología de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (a/cn.9/465, párr. 37). en el nuevo instrumento se han reproducido las disposiciones generales de la ley modelo de la CNUDMI

sobre comercio electrónico, es decir los artículos 1 (ámbito de aplicación), 2 a), c) y d) (definiciones de "mensaje de datos", "iniciador" y "destinatario"), 3 (interpretación), 4 (modificación mediante acuerdo) y 7 (firma) de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Al basarse en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la nueva ley modelo trata de reflejar en particular: el principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos utilizados; el criterio de la no discriminación de todo equivalente funcional de los conceptos y prácticas que tradicionalmente funcionan sobre soporte de papel; y una amplia confianza en la autonomía de la voluntad contractual de las partes (a/cn.9/wg.iv/wp.84, párr. 16). El proyecto de régimen ha sido concebido para ser utilizado como marco normativo mínimo en un entorno "abierto" (es decir, un entorno en el que las partes negocien por vía electrónica sin acuerdo previo) y, en su caso, como disposiciones contractuales mode-lo o reglas de derecho supletorio en un entorno "cerrado" (es decir, un entorno en el que las partes estén obligadas por reglas contractuales y procedimientos previamente estipulados que habrán de ser respetados al negociar por vía electrónica).

3.Relación con el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico

Al preparar la nueva ley modelo, se expresó la opinión de que la referencia al artículo 7 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico en el texto del artículo 6 de la nueva ley modelo debía interpretarse en el sentido de que limitaba el alcance de ésta a los supuestos en que se utilizara una firma electrónica para cumplir con el requisito legal imperativo de que ciertos documentos han de ser firmados para ser válidos. según ese criterio, dado que la ley de la mayoría de las naciones imponía muy pocos requisitos de esta índole con respecto a los documentos utilizados en operaciones comerciales, el alcance de la nueva ley modelo sería muy limitado. en respuesta a este argumento, se convino en general en que esa interpretación del artículo 6 (y del artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico) era incompatible con la interpretación de las palabras "la ley" adoptada por la comisión en el párrafo 68 de la guía para la incorporación de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico al derecho interno, conforme a la cual debía entenderse que "las palabras 'la ley' no sólo se referían

a disposiciones de derecho legislativo o reglamentario sino también a otras normas de derecho jurisprudencial y de derecho procesal". De hecho, el ámbito tanto del artículo 7 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico como del artículo 6 de la ley modelo es particularmente amplio, ya que la mayoría de los documentos utilizados en el contexto de operaciones comerciales probablemente tendrá que ajustarse, en la práctica, a los requisitos legales impuestos para la prueba por escrito (a/cn.9/465, párr. 67).

Régimen "marco" que se complementará con reglamentaciones técnicas y contratos

Como complemento a la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, la finalidad de la nueva ley modelo es ofrecer principios fundamentales que faciliten el empleo de las firmas electrónicas. Sin embargo, en tanto que "marco", la ley modelo no establece en sí misma todas las normas y reglamentaciones que puedan ser necesarias (además de las disposiciones contractuales existentes entre los usuarios) para aplicar dichas técnicas en un estado promulgante. Además, como se señala en la presente guía, la finalidad de la ley modelo no es abarcar todos los aspectos del empleo de firmas electrónicas. Por ello, los estados promulgantes tal vez deseen emitir reglamentaciones que cubran los detalles procedimentales relativos a los procedimientos autorizados por la ley modelo y tengan en cuenta circunstancias específicas, posiblemente cambiantes, existentes en el estado promulgante, sin poner en entredicho los objetivos de la ley modelo.

Se recomienda que, en caso de que se decida promulgar dicha reglamentación, los estados promulgantes presten especial atención a la necesidad de mantener la flexibilidad del funcionamiento de los sistemas de creación de firmas electrónicas por parte de los usuarios de éstas. Desde hace tiempo, las prácticas comerciales se vienen basando en el proceso de normas técnicas voluntarias. Estas normas técnicas forman la base de las especificaciones de los productos, de los criterios de ingeniería y diseño y del consenso para la investigación y el desarrollo de futuros productos. A fin de asegurar la flexibilidad necesaria para esas prácticas comerciales, de pro-mover normas abiertas que faciliten los intercambios de datos y de apoyar el objetivo de recono-

cimiento transfronterizo (descrito en el artículo 12), los estados tal vez deseen tomar en consideración la relación entre las especificaciones incorporadas a las reglamentaciones nacionales, o autorizadas por ellas, y el proceso de normas técnicas voluntarias (véase a/cn.9/484, párr. 46).

Cabe señalar que las técnicas de creación de firmas electrónicas que se recogen en la ley modelo, además de plantear cuestiones de procedimiento que tal vez sea necesario abordar al aplicar reglamentaciones técnicas, pueden plantear ciertas cuestiones jurídicas cuya respuesta no vendrá dada necesariamente en la ley modelo, sino en otros instrumentos jurídicos. estos instrumentos jurídicos pueden ser, por ejemplo, la legislación administrativa, contractual, extracontractual, penal y procesal aplicable, a la que no se hace referencia en la ley modelo.

Mayor seguridad de las consecuencias jurídicas de las firmas electrónicas

Una de las características principales de la nueva ley modelo es la de aumentar la seguridad del funcionamiento de los criterios de flexibilidad que se establecen en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico para el reconocimiento de una firma electrónica como equivalente funcional a una firma manuscrita. El artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico dice lo siguiente:

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y
b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]."

El artículo 7 se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel, conforme a lo descrito en el párrafo 29 supra.

Para evitar que se niegue validez jurídica a un mensaje que deba autenticarse por el mero hecho de que no esté autenticado en la forma característica de los documentos consignados sobre papel, el artículo 7 adopta un criterio general. El artículo define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que actualmente obstaculizan el comercio electrónico. El artículo 7 se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. en el apartado a) del párrafo 1) se enuncia el principio de que, en las comunicaciones electrónicas, esas dos funciones jurídicas básicas de la firma se cumplen al utilizarse un método que identifique al iniciador de un mensaje de datos y confirme que el iniciador aprueba la información en él consignada.

El apartado b) del párrafo 1) establece un criterio flexible respecto del grado de seguridad que se ha de alcanzar con la utilización del método de identificación mencionado en el apartado a). el método seleccionado conforme al apartado a) del párrafo 1) deberá ser tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se consignó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de las circunstancias del caso, así como del acuerdo entre el iniciador y el destinatario del mensaje.

Para determinar si el método seleccionado con arreglo al párrafo 1) es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: a) la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; b) la naturaleza de su actividad comercial; c) la frecuencia de sus relaciones comerciales; d) el tipo y la magnitud de la operación; e) la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; f) la capacidad de los sistemas de comunicación; g) la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; h) la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; i) la observancia de los usos y prácticas comerciales; j) la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no

autorizados; k) la importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos; l) la disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; m) el grado de aceptación o no aceptación del método de identificación en el sector o la esfera pertinente, tanto en el momento en el que se acordó el método como en el que se comunicó el mensaje de datos; y n) cualquier otro factor pertinente (guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, párrs. 53 y 56 a 58).

Partiendo de los flexibles criterios que figuran en el apartado b) del párrafo 1) del artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, los artículos 6 y 7 de la nueva ley modelo establecen un mecanismo mediante el cual las firmas electrónicas que reúnan criterios objetivos de fiabilidad técnica puedan beneficiarse de una pronta determinación de su eficacia jurídica. Según el momento en que se tiene la certeza de que una firma electrónica se reconoce como equivalente funcional de una firma manuscrita, la ley modelo establece dos regímenes distintos. El primero y más amplio de los regímenes es el que se describe en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y que reconoce cualquier "método" que pueda emplearse para cumplir el requisito jurídico de una firma manuscrita. La eficacia jurídica de dicho "método" como equivalente a una firma manuscrita depende de la demostración de su "fiabilidad" con respecto a alguien que constate los hechos. El segundo y más limitado de los regímenes es el que se crea en la nueva ley modelo. consiste en métodos de firma electrónica que pueden ser reconocidos por una entidad pública, una entidad privada acreditada o por las mismas partes, conforme a los criterios de fiabilidad técnica establecidos en la ley modelo (véase a/ac.9/484, párr. 49). La ventaja de este reconocimiento es que aporta seguridad a los usuarios de dichas técnicas de creación de firmas electrónicas antes de que empleen realmente la técnica de creación de la firma electrónica.

Normas de conducta básicas para las partes interesadas

La ley modelo no aborda en detalle las cuestiones de la responsabilidad que pueda corresponder a cada una de las partes interesadas en el funcionamiento de

los sistemas de creación de firmas electrónicas. esas cuestiones quedan al margen de la ley modelo y se dejan al derecho aplicable. no obstante, en la ley modelo se fijan criterios para evaluar la conducta de las partes, a saber, el firmante, el tercero que confía en el certificado y el prestador de servicios de certificación.

En cuanto al firmante, la ley modelo desarrolla el principio básico de que debe actuar con diligencia razonable con respecto a sus datos de creación de firma electrónica. Se espera que el firmante actúe con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de esos datos de creación de la firma. la firma numérica no garantiza de por sí que la persona que ha firmado sea el firmante. A lo sumo, la firma numérica da la seguridad de que es atribuible al firmante (véase a/cn.9/484, párr. 50). Cuando el firmante sepa o deba saber que los datos de creación de la firma han dejado de ser seguros deberá dar aviso sin dilación indebida a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever, haya de considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la refrenden. Cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, se espera que el firmante actúe con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho sean exactas y cabales.

Se espera que el tercero que confía en el certificado tome medidas razonables para verificar la fiabilidad de la firma electrónica. Cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado, el tercero que confía en el certificado deberá tomar medidas razonables para verificar la validez, suspensión o revocación del certificado, y tener en cuenta cualquier limitación que lo afecte.

La obligación general del prestador de servicios de certificación es utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables y actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas. Además, se espera que actúe con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones materiales que haya hecho en relación con el certificado sean exactas y cabales. En el certificado, el prestador deberá proporcionar información fundamental que permita al tercero que haya de confiar en el certificado determinar la identidad del prestador de servicios de certificación. También deberá permitir determinar: a) que la persona nombrada en el certificado tenía bajo su control los datos en la fecha en que se emitió el certificado; y b) que esos datos eran válidos en la fecha en

que se emitió el certificado o antes de ella. con respecto al tercero que ha de confiar, el prestador de servicios de certificación deberá aportar también información relativa a: a) el método utilizado para identificar al firmante; b) cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales pueda utilizarse el dispositivo de creación de la firma o el certificado; c) las condiciones de funcionamiento del dispositivo de creación de la firma; d) cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad del prestador de los servicios de certificación; e) si existe un medio para que el firmante dé aviso de que un dispositivo de creación de firma ha quedado en entredicho; y f) si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado.

En la ley modelo figura una lista abierta de factores indicativos para determinar la fiabilidad de los sistemas, procedimientos y recursos humanos utilizados por el prestador de servicios de certificación.

Marco de neutralidad respecto de los medios técnicos utilizables

Ante la evolución de las innovaciones tecnológicas, la ley modelo establece criterios para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas independientemente de la tecnología utilizada (a saber, firmas electrónicas basadas en la criptografía asimétrica; los dispositivos biométricos (que permiten la identificación de personas por sus características físicas, como su geometría manual o facial, las huellas dactilares, el reconocimiento de la voz o el escáner de la retina, etc.); la criptografía simétrica; la utilización de números de identificación personal (nip); la utilización de "contraseñas" para autenticar mensajes de datos mediante una tarjeta inteligente u otro dispositivo en poder del firmante; versiones digitalizadas de firmas manuscritas; la dinámica de firmas; y otros métodos, como la selección de un signo afirmativo en la pantalla electrónica mediante el ratón). las diversas técnicas enumeradas podrían combinarse para reducir el riesgo sistémico (véase a/cn.9/484, párr. 52).

No discriminación de las firmas electrónicas extranjeras

La ley modelo establece como principio básico que el lugar de origen en sí no debe ser en ningún caso un factor para determinar si puede reconocerse la

capacidad de los certificados extranjeros o las firmas electrónicas para tener eficacia jurídica en un estado promulgante (véase a/cn.9/ 484, párr. 53). La determinación de si un certificado o una firma electrónica pueden tener eficacia jurídica, y hasta qué punto pueden tenerla, no debe depender del lugar en que se haya emitido el certificado o la firma electrónica (véase a/cn.9/483, párr. 27) sino de su fiabilidad técnica. este principio fundamental se desarrolla en el artículo 12 (véanse más adelante los párrs. 152 a 160).

Asistencia de la secretaría de la CNUDMI Asistencia para la redacción de legislación

En el marco de sus actividades de formación y asistencia, la secretaría de la CNUDMI presta asistencia a los estados mediante consultas técnicas para la preparación de legislación basada en la ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas. Esta misma asistencia se prestará a los gobiernos que estudien la promulgación de legislación basada en otras leyes modelo de la CNUDMI (es decir, la ley modelo de la cnudmi sobre arbitraje comercial internacional, la ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, la ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios, la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y la ley modelo de la cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza) o la adhesión a uno de los convenios y convenciones de derecho mercantil internacional preparados por la CNUDMI.

Puede pedirse a la secretaría, cuya dirección se indica a continuación, más información acerca de la ley modelo, así como sobre otras leyes modelo y convenios y convenciones preparados por la CNUDMI:

> Subdivisión de derecho mercantil internacional,oficina de asuntos jurídicosnaciones unidascentro internacional de vienaapartado postal 500a-1400, viena, austriateléfono: (+43-1) 26060-4060 ó 4061fax: (+43-1) 26060-5813 correo electrónico:uncitral@uncitral.org dirección de internet: http://www.uncitral.org

Información relativa a la interpretación de la legislación basada en la ley modelo

La secretaría agradecerá cualquier observación relativa a la ley modelo y a la guía, así como que se le informe sobre la promulgación de legislación basa-

da en la ley modelo. una vez promulgada, la ley modelo se incluirá en el sistema de información acerca de jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (clout), que se emplea para recopilar y difundir información sobre jurisprudencia relativa a los convenios, convenciones y leyes modelo emanados de la labor de la CNUDMI. El objetivo del sistema es promover la difusión internacional de los textos legislativos elaborados por la CNUDMI y facilitar la interpretación y aplicación uniformes de éstos. La secretaría publica, en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, resúmenes de las decisiones, y facilita las decisiones que sirvieron de base para la preparación de dichos resúmenes a contrarreembolso de los gastos de reproducción. El sistema se explica en una guía del usuario que puede obtenerse de la secretaría en soporte de papel (a/cn.9/ser.c/guide/1) y en la página de internet de la CNUDMI antes mencionada.

Capítulo II. Observaciones artículo por artículo

"Ley modelo"

A lo largo de su preparación, el instrumento se ha concebido como un suplemento de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y debería tratarse en pie de igualdad con el instrumento que lo precedió y compartir con él la misma naturaleza jurídica.

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto* de actividades comerciales**. no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

* La comisión propone el texto siguiente para los estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación de la presente ley:"la presente ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas, excepto enlas situaciones siguientes: [...]."
** El término "comercial" deberá ser interpretado en forma lata de manera que abarque las cuestiones que dimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. las relaciones de índole comercial comprenden, sin que esta lista sea taxativa, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; facturaje ("factoring"); arrendamiento con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Observaciones generales

La finalidad del artículo 1 es delimitar el ámbito de aplicación de la ley modelo. en la ley modelo se ha tratado en principio de abarcar todas las situaciones de hecho en que se utilizan firmas electrónicas, independientemente del tipo de firma electrónica o de técnica de autenticación que se aplique. Durante la preparación de la ley modelo se estimó que si se excluía alguna forma o algún medio mediante una limitación del ámbito de aplicación de la ley modelo podían surgir dificultades prácticas que irían en contra de la finalidad de ofrecer unas disposiciones auténticamente neutrales con respecto a los medios técnicos y a las tecnologías. En la preparación de la ley modelo, el grupo de trabajo de la cnudmi sobre comercio electrónico observó el principio de la neutralidad respecto de la tecnología, si bien era consciente de que las "firmas numéricas", es decir, las firmas electrónicas obtenidas mediante la aplicación de una criptografía de doble clave, eran una tecnología considerablemente difundida (véase a/cn.9/484, párr. 54).

La ley modelo es aplicable a todos los tipos de mensajes de datos a los que se adjunta una firma electrónica con valor jurídico, y nada de lo dispuesto en la ley modelo debería impedir al estado ampliar el alcance de la ley modelo para abarcar también la utilización de las firmas electrónicas fuera del ámbito comercial. por ejemplo, si bien la ley modelo no se centra en las relaciones entre usuarios de firmas electrónicas y autoridades públicas, sus disposiciones no se han concebido con la finalidad de que no sean aplicables a tales relaciones. la nota de pie de página * prevé otros posibles enunciados a los que puedan recurrir los estados que consideren apropiado ampliar el ámbito de aplicación de la ley modelo más allá del ámbito comercial.

Se consideró que en la ley modelo debía indicarse que se centraba en los tipos de situaciones que se daban en el ámbito comercial y que se había preparado en función del contexto de las relaciones comerciales y financieras. por esta razón, el artículo 1 hace referencia a las "actividades comerciales" y en la nota de pie de página ** se especifica lo que se entiende por tales actividades. esas indicaciones, que pueden ser particularmente útiles para los países que no disponen de un cuerpo de normas diferenciadas de derecho

mercantil, se han calcado, por razones de coherencia, de la nota referente al artículo 1 de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (también reproducida como nota de pie de página **** referente al artículo 1 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico). En ciertos países, la utilización de notas de pie de página en textos legales no se consideraría una práctica legislativa aceptable. Sería pues conveniente que las autoridades nacionales que incorporaran la ley modelo al derecho interno se plantearan la posible inclusión del texto de las notas de pie de página en el texto propiamente dicho.

Protección del consumidor

91. Algunos países tienen leyes especiales de protección del consumidor que pueden regular ciertos aspectos de la utilización de sistemas de información. Con respecto a esa legislación de protección del consumidor, al igual que en la elaboración de anteriores instrumentos de la CNUDMI (por ejemplo, la ley modelo de la CNUDMi sobre transferencias internacionales de crédito y la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico), se consideró que debía indicarse que la ley modelo se había redactado sin prestar especial atención a las cuestiones que podrían plantearse en el contexto de la protección del consumidor. Al mismo tiempo, se estimó que no había motivo para que las situaciones que afectaban a los consumidores fueran excluidas del ámbito de aplicación de la ley modelo mediante una disposición general, particularmente porque las disposiciones de la ley modelo podían juzgarse muy beneficiosas para la protección del consumidor, según el tipo de legislación de cada estado. Así pues, el artículo 1 reconoce que la legislación de protección del consumidor puede estar por encima de las disposiciones de la ley modelo en caso de que los legisladores llegaran a conclusiones distintas sobre el eventual efecto beneficioso que podía tener la ley modelo en las transacciones del consumidor en un determinado país, podían plantear la posibilidad de excluir a los consumidores del ámbito de aplicación del instrumento legislativo mediante el cual se incorporara la ley modelo al derecho interno. La determinación de las personas físicas y jurídicas que deban considerarse "consumidores" se deja en manos del derecho aplicable al margen de la ley modelo.

Se recomienda que se dé al régimen uniforme la aplicación más amplia posible. Debe actuarse con suma prudencia al excluir la aplicación de la ley modelo limitando su alcance a los usos internacionales de firmas electrónicas, ya que puede considerarse que tal limitación impide cumplir plenamente los objetivos de la ley modelo. Además, la diversidad de procedimientos que ofrece la ley modelo para limitar la utilización de firmas electrónicas en caso necesario (por ejemplo, por razones de orden público) puede hacer menos necesario limitar el alcance de la ley modelo. La certeza jurídica que debe aportar la ley modelo es necesaria para el comercio tanto nacional como internacional. La discriminación entre las firmas electrónicas utilizadas en el ámbito nacional y las firmas electrónicas empleadas en el contexto de operaciones comerciales internacionales podría dar lugar a una dualidad de regímenes para las firmas electrónicas, lo cual supondría un grave obstáculo para la utilización de esas técnicas (véase a/cn.9/484, párr. 55).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto períodode sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 241, 242 y 284.a/cn.9/493, anexo, párrs. 88 a 92;a/cn.9/484, párrs. 54 y 55; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 87 a 91;a/cn.9/467, párrs. 22 a 24;a/cn.9/wg.iv/wp.84, párr. 22;a/cn.9/465, párrs. 36 a 42;a/cn.9/wg.iv/wp.82, párr. 21;a/cn.9/457, párrs. 53 a 64.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente ley:

a) Por "firma electrónica" se entenderá los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el titular de la firma aprueba la información contenida en el mensaje de datos;

b) Por "certificado" se entenderá todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma;
c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (edi), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
d) Por "firmante" se entenderá la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa;
e) Por "prestador de servicios de certificación" se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas;
f) Por "parte que confía" se entenderá la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

Definición de "firma electrónica"

La firma electrónica como equivalente funcional de la firma manuscrita

La noción de "firma electrónica" aspira a abarcar todos los usos tradicionales de una firma manuscrita con consecuencias jurídicas, siendo la identificación del firmante y la intención de firmar sólo el mínimo común denominador de los diversos criterios relativos a la "firma" que se hallan en los diversos ordenamientos jurídicos. Esas funciones de la firma manuscrita ya se examinaron en el contexto de la preparación del artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. En consecuencia, definir una firma electrónica como capaz de indicar la aprobación de la información equivale primordialmente a establecer un requisito técnico previo para el reconocimiento de una determinada tecnología apta para crear el equivalente de una firma manuscrita. La definición no deja de lado el hecho de que las tecnologías comúnmente denominadas "firmas electrónicas" podrían utilizarse para otros fines que crear una firma jurídicamente pertinente. La definición se limita a ilustrar que la ley modelo se centra en el uso de firmas electrónicas como equivalentes funcionales de las manuscritas (véase el documento (a/cn.9/483, párr. 62). Para no introducir o sugerir limitaciones técnicas que afectaran al método en que el firmante pudiera utilizar para realizar la función equivalente a la firma manuscrita, se ha preferido emplear palabras

flexibles como "datos que puedan ser utilizados" en vez de referencias a los medios "técnicamente capaces" del firmante[16].

Otros usos posibles de la firma electrónica

Debe trazarse una distinción entre la noción jurídica de "firma" y la noción técnica de "firma electrónica", término especializado que comprende algunas prácticas que no intervienen necesariamente en la producción de firmas jurídicamente pertinentes. en la preparación de la ley modelo, se estimó que había que señalar a la atención de los usuarios el riesgo de confusión que podría resultar del uso del mismo instrumento técnico para la producción de una firma jurídicamente pertinente y para otras funciones de autenticación o identificación (véase a/cn.9/483, párr. 62). Ese riesgo de confusión sobre la intención del firmante podría surgir cuando se utilizara la misma técnica de "firma electrónica" para expresar la aprobación, por parte del firmante, de la información "firmada" y pudiera utilizarse asimismo para realizar funciones de identificación que sólo asociaran el nombre del firmante a la transmisión del mensaje, sin indicar la aprobación de su contenido (véase el párrafo 120 infra). En la medida en que la firma electrónica sea utilizada para los fines expresamente enunciados en la ley modelo (es decir, expresar la aprobación de la información por parte del firmante), puede ocurrir que, en la práctica, la creación de esa firma electrónica se produzca antes de su utilización. En tal caso, el consentimiento del firmante debe evaluarse en el momento en que se adjunte la firma al documento y no en el momento en que se cree la firma[17].

Definición de "certificado"

necesidad de una definición

La palabra "certificado" utilizada en el contexto de ciertos tipos de firma electrónica y definida en la ley modelo poco difiere de su significado general de documento mediante el cual una persona confirma ciertos hechos. La única diferencia es que el certificado se presenta en forma electrónica y no sobre papel. Sin embargo, dado que no en todos los ordenamientos jurídicos

16 ibíd., párr. 244.
17 ibíd., párr. 245.

existe la noción general de "certificado", ni siquiera en todos los idiomas, se juzgó útil incluir una definición en el contexto de la ley modelo (véase a/cn.9/483, párr. 65).

finalidad del certificado

La finalidad del certificado es reconocer, mostrar o confirmar un vínculo entre los datos de creación de la firma y el firmante. ese vínculo nace cuando se generan los datos de creación de la firma (a/cn.9/483, párr. 67).

"Datos de creación de la firma"

En el contexto de las firmas electrónicas que no son firmas numéricas, la expresión "datos de creación de la firma" tiene por fin designar las claves secretas, los códigos u otros elementos que, en el proceso de crear una firma electrónica, se utilizan para obtener un vínculo seguro entre la firma electrónica resultante y la persona del firmante (véase a/cn.9/484, párr. 57). Por ejemplo, en el contexto de las firmas electrónicas basadas en dispositivos biométricos, el elemento decisivo sería el indicador biométrico, como una huella dactilar o los datos de barrido de la retina. La definición abarca únicamente los elementos nucleares que deben mantenerse bajo reserva para garantizar la calidad del proceso de firma, con exclusión de todo otro elemento que, aunque pueda contribuir al proceso de firma, cupiera divulgar sin poner en peligro la fiabilidad de la firma electrónica resultante. por otra parte, en el contexto de las firmas numéricas fundadas en una criptografía asimétrica, el elemento nuclear operativo que podría describirse como "vinculado exclusivamente al firmante" es el par de claves criptográficas. En el caso de las firmas numéricas, tanto la clave pública como la privada están vinculadas a la persona del firmante. Dado que el objetivo primordial de un certificado, en el contexto de las firmas numéricas, es confirmar el vínculo entre la clave pública y el firmante (véanse los párrafos 53 a 56 y 62 j) supra), es también necesario certificar que la clave pública pertenece al firmante. si bien sólo la clave privada entra en esta descripción de los "datos de creación de la firma", es importante subrayar, para evitar dudas, que en el contexto de las firmas numéricas debe considerarse que la definición de "certificado" en el artículo 2 b) incluye la confirmación del vínculo entre el firmante y la clave pública

de éste. Otro de los elementos que no ha de abarcar la definición es el texto firmado electrónicamente, aunque desempeña también un importante papel en el proceso de creación de la firma (mediante una función de control o de otra manera). El artículo 6 expresa la idea de que los datos de creación de la firma deben estar vinculados al firmante y a ninguna otra persona (a/cn.9/483, párr. 75).

Definición de "mensaje de datos"

La definición de "mensaje de datos" está tomada del artículo 2 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico como noción amplia que comprende todos los mensajes generados en el contexto del comercio electrónico, incluido el basado en la red (a/cn.9/483, párr. 69). La noción de "mensaje de datos" no se limita a la comunicación sino que pretende abarcar asimismo los registros generados informáticamente no destinados a la comunicación. por lo tanto, la noción de "mensaje" comprende la de "registro".

La referencia a "medios similares" tiene por objeto reflejar el hecho de que la ley modelo no fue pensada únicamente para su aplicación en el contexto de las técnicas de comunicación existentes sino también para dar cabida a las novedades técnicas previsibles. el fin de la definición de "mensaje de datos" es comprender todos los tipos de mensajes generados, almacenados o comunicados básicamente sin papel. Con esta finalidad, se quiere que todos los medios de comunicación y almacenamiento de información que quepa utilizar para desempeñar funciones paralelas a las realizadas con los medios enumerados en la definición queden cubiertos mediante la referencia a "medios similares", si bien, por ejemplo, los medios de comunicación "electrónicos" y "ópticos" puedan no ser, en sentido estricto, similares. para los fines de la ley modelo, la palabra "similares" connota "funcionalmente equivalentes".

La definición de "mensaje de datos" tiene además por fin su aplicación en el caso de revocación o modificación. Se presume que un mensaje de datos tiene un contenido fijo de información que puede, empero, ser revocado o modificado por otro mensaje de datos (véase la guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, párrs. 30 a 32).

"una persona"

De forma coherente con el criterio adoptado en la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico toda referencia en la nueva ley modelo a una "persona" debe entenderse que abarca todos los tipos de personas o entidades, físicas, colectivas o personas jurídicas de otra índole (a/cn.9/483, párr. 86).

"en nombre de la persona a la que representa"

La analogía con las firmas manuscritas puede no siempre ser adecuada para aprovechar las posibilidades que ofrece la tecnología moderna.

En un entorno basado en el papel, por ejemplo, las personas jurídicas no pueden ser estrictamente hablando firmantes de los documentos redactados en su nombre, porque sólo las personas físicas pueden producir firmas manuscritas auténticas. Pero cabe concebir que las firmas electrónicas sean atribuibles a sociedades u otras personas jurídicas (incluidas las autoridades gubernamentales y otras de carácter público), y pueden darse situaciones en que la identidad de la persona que genera realmente la firma, cuando se requiere un acto humano, no sea importante a los efectos para los que se creó la firma (a/cn.9/483, párr. 85).

Sin embargo, conforme a la ley modelo la noción de "firmante" no puede separarse de la persona o entidad que genera realmente la firma electrónica, dado que varias obligaciones concretas del firmante conforme a la ley modelo están lógicamente vinculadas con el control efectivo de los datos de creación de la firma. No obstante, para cubrir las situaciones en que el firmante actuaría en representación de otra persona, se ha conservado en la definición de "firmante" la frase "o en nombre de la persona a la que representa". La medida en que una persona pueda quedar obligada por una firma electrónica generada "en nombre propio" es asunto que debe decidirse de acuerdo con la ley que rige, según corresponda, la relación jurídica entre el firmante y la persona en cuyo nombre se genera la firma electrónica, por un aparte, y por otra, la parte que confía en ella. Esa materia, así como otras pertenecientes a la operación subyacente, incluidas cuestiones de mandato y otras relativas a quién es responsable en último término del incumplimiento por el signatario de sus obligaciones conforme al artículo 8 (si el firmante o

la persona por él representada) queda fuera del ámbito de la ley modelo (a/cn.9/483, párrs. 86 y 87).

Definición de "prestador de servicios de certificación"

Como mínimo, el prestador de servicios de certificación definido para los fines de la ley modelo tendría que prestar servicios de certificación, posiblemente junto con otros servicios (a/cn.9/483, párr. 100).

No se ha establecido ninguna distinción en la ley modelo entre las situaciones en que un prestador de servicios de certificación se dedica a prestarlos como actividad principal o como negocio auxiliar, con carácter habitual u ocasional, directamente o mediante un subcontratista. La definición comprende todas las entidades que prestan servicios de certificación en el ámbito material de la ley modelo, es decir, "en el contexto de actividades comerciales". Con todo, vista esa limitación en el ámbito de aplicación de la ley modelo, las entidades que expidieran certificados con fines internos y no con fines comerciales no estarían comprendidas en la categoría de "prestadores de servicios de certificación" definida en el artículo 2 (a/cn.9/483, párrs. 94 a 99).

Definición de "parte que confía"

La definición de "parte que confía" tiene por fin asegurar la simetría en la definición de las diversas partes que intervienen en el funcionamiento de sistemas de firma electrónica conforme a la ley modelo (a/cn.9/483, párr. 107). para los fines de esa definición, "actuar" debe interpretarse con amplitud de modo que abarque no sólo un acto positivo sino también una omisión (a/cn.9/483, párr. 108).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto períodode sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 205 a 207, 243 a 251 y 284;a/cn.9/493, anexo, párrs. 93 a 106;a/cn.9/484, párrs. 56 y 57; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 92 a 105;a/cn.9/483, párrs. 59 a 109; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 23 a 36;a/cn.9/465, párr. 42;a/cn.9/wg.iv/wp.82,

párrs. 22 a 33; a/cn.9/457, párrs. 22 a 47; 66, 67, 89 y 109; a/cn.9/wg.iv/wp.80, párrs. 7 a 10;a/cn.9/wg.iv/wp.79, párr. 21;a/cn.9/454, párr. 20;a/cn.9/wg.iv/wp.76, párrs. 16 a 20;a/cn.9/446, párrs. 27 a 46 (proyecto de artículo 1), 62 a 70 (proyecto de artículo 4), 113 a 131 (proyecto de artículo 8), 132 y 133 (proyecto de artículo 9) a/cn.9/wg.iv/wp.73, párrs. 16 a 27; 37, 38, 50 a 57 y 58 a 60; a/cn.9/437, párrs. 29 a 50 y 90 a 113 (proyectos de artículos a, b y c); y a/cn.9/wg.iv/wp.71, párrs. 52-60.

Artículo 3. Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma

Ninguna de las disposiciones de la presente ley, con la excepción del artículo 5, será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1) del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable.

Neutralidad respecto de la tecnología

En el artículo 3 se enuncia el principio fundamental de que ningún método de firma electrónica puede ser objeto de discriminación, es decir, que debe darse a todas las tecnologías la misma oportunidad de satisfacer los requisitos del artículo 6. en consecuencia, no debe haber diferencias de tratamiento entre los mensajes firmados electrónicamente y los documentos de papel con firmas manuscritas, ni entre diversos tipos de mensajes firmados electrónicamente, siempre y cuando cumplan los requisitos básicos enunciados en el párrafo 1) del artículo 6 de la ley modelo o cualquier otro requisito enunciado en el derecho aplicable. Esos requisitos podrían, por ejemplo, prescribir el uso de una técnica de firma especialmente concebida en ciertas situaciones especificadas o podrían fijar una pauta superior o inferior a la establecida en el artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (y en el artículo 6 de la ley modelo). El principio fundamental de la no discriminación se ha concebido con la finalidad de tener una aplicación general. Sin embargo, cabe señalar que ese principio no tiene que afectar a la autonomía de la voluntad contractual de las partes reconocida en el artículo 5. Por con-

siguiente, las partes pueden seguir acordando entre ellas, siempre que lo permita la ley, la exclusión de ciertas técnicas de firma electrónica. Al disponer que la presente ley no se aplicará "de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica", el artículo 3 indica meramente que la forma en que se aplica una determinada firma electrónica no puede invocarse como única razón para denegar eficacia jurídica a esa firma. Sin embargo, no debe interpretarse erróneamente el artículo 3 considerando que establece la validez jurídica de una determinada técnica de firma o de una determinada información firmada por medios electrónicos.

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 252, 253 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 107; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párr. 106;a/cn.9/467, párrs. 25 a 32;a/cn.9/wg.iv/wp.84, párr. 37; a/cn.9/465, párrs. 43 a 48; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párr. 34;a/cn.9/457, párrs. 53 a 64.

Artículo 4. Interpretación

1) en la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe.
2) las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que se inspira. fuente

El artículo 4 se inspira en el artículo 7 de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y su texto es reproducción del artículo 3 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico. El artículo tiene la finalidad de dar orientación a los tribunales arbitrales y ordinarios y a otras autoridades administrativas nacionales o locales en la interpretación de la ley modelo. Con el artículo 4 se pretende lograr que, una vez incorporado a la legislación de los países, el texto uniforme se interprete menos por referencia exclusiva a los conceptos de derecho nacional.

Párrafo 1

La finalidad del párrafo 1) es advertir a la persona que deba aplicar la ley modelo de que las disposiciones de éste (o las disposiciones del instrumento por el que se dé aplicación a la ley modelo), aunque estén incorporadas a la legislación nacional y sean por tanto derecho nacional, debeninterpretarse teniendo en cuenta su origen internacional, a fin de asegurar la uniformidad en la interpretación de la ley modelo en todos los países promulgantes.

Párrafo 2

Entre los principios generales en que se basa la ley modelo, cabe hacer la siguiente relación no exhaustiva de objetivos: a) facilitar el comercio electrónico entre los países y en los países; b) validar las operaciones concertadas mediante nuevas tecnologías de información; c) promover y alentar de forma neutral respecto de la tecnología la aplicación de nuevas tecnologías de información en general y de las firmas electrónicas en particular; d) promover la uniformidad del derecho; y e) apoyar la práctica comercial. si bien el objetivo general de la ley modelo es facilitar la utilización de las firmas electrónicas, no debería interpretarse en modo alguno en el sentido de que impone su utilización.

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 254, 255 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 108 a 110; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 107 a 109; a/cn.9/467, párrs. 33 a 35;a/cn.9/wg.iv/wp.84, párr. 38;a/cn.9/465, párrs. 49 y 50; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párr. 35.

Artículo 5. Modificación mediante acuerdo

Las partes podrán hacer excepciones a la presente ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Remisión al derecho aplicable

La decisión de emprender la preparación de la ley modelo se adoptó ante la evidencia de que, en la práctica, las soluciones de las dificultades jurídicas que plantea la utilización de los medios modernos de comunicación suelen buscarse en los contratos. Por consiguiente, la ley modelo se ha concebido con la finalidad de apoyar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, el derecho aplicable puede limitar la aplicación de ese principio. No debe interpretarse el artículo 5 en el sentido de que permita a las partes apartarse de las reglas imperativas, como por ejemplo las reglas adoptadas por razones de orden público. Tampoco debería interpretarse el artículo 5 en el sentido de que aliente a los estados a establecer una legislación imperativa que limite el efecto de la autonomía de la voluntad de las partes con respecto a las firmas electrónicas o que invite a los estados a restringir esa autonomía para acordar entre ellas las soluciones de las cuestiones de los requisitos de forma que rijan sus comunicaciones.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes es ampliamente aplicable con respecto a las disposiciones de la ley modelo, ya que ésta no contiene ninguna disposición imperativa. Ese principio rige también en el contexto del párrafo 1) del artículo 13. En consecuencia, si bien los tribunales del estado promulgante o las entidades encargadas de aplicar la ley modelo no deben negar ni anular los efectos jurídicos de un certificado extranjero únicamente en función del lugar en que se ha expedido, el párrafo 1) del artículo 13 no limita la libertad de las partes en una operación comercial para convenir la utilización de certificados procedentes de un determinado lugar (a/cn.9/483, párr. 112).

Acuerdo explícito o implícito

Con respecto a la forma en que se expresa el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el artículo 5, durante la preparación de la ley modelo se reconoció en general que la modificación mediante acuerdo podía ser explícita o implícita. El texto del artículo 5 se ha ajustado al del artículo 6 de

la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (a/cn.9/467, párr. 38).

Acuerdo bilateral o multilateral

El artículo 5 tiene la finalidad de ser aplicable no solo en el contexto de las relaciones entre iniciadores y destinatarios de mensajes de datos sino también en el marco de las relaciones con intervención de intermediarios. Así pues, las disposiciones de la ley modelo podrían modificarse mediante acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes o mediante reglas de un sistema convenido por las partes. normalmente, el derecho aplicable limitaría la autonomía de la voluntad de las partes a los derechos y obligaciones dimanantes para las partes, a fin de evitar repercusiones en cuanto a los derechos y obligaciones de terceros.

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 208, 209, 256, 257 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 111 a 114;
a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 110 a 113; a/cn.9/467, párrs. 36 a 43; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 39 y 40; a/cn.9/465, párrs. 51 a 61; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párrs. 36 a 40; a/cn.9/457, párrs. 53 a 64.

Artículo 6. Cumplimiento del requisito de firma

1) Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea tan fiable como resulte apropiada a los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje.
2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en la forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma.
3) La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1) si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
b) Los datos de creación de la firma electrónica estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y
d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

4) lo dispuesto en el párrafo 3) se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) Demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1), la fiabilidad de una firma electrónica; o
b) Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable.

5) lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Importancia del artículo 6

El artículo 6 es una de las disposiciones clave de la ley modelo. el artículo 6 sigue la pauta del artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y tiene por objeto dar orientación sobre el modo en que puede satisfacerse el criterio de fiabilidad del apartado b) del párrafo 1) del artículo 7 en la interpretación del artículo 6 debería tenerse presente que el propósito de esa disposición es asegurar que la utilización de una firma electrónica fidedigna tenga las mismas consecuencias jurídicas que pudiera tener una firma manuscrita.

Párrafos 1), 2) y 5)

Los párrafos 1), 2) y 5) del artículo 6 introducen disposiciones extraídas de los párrafos 1) b), 2) y 3), respectivamente, del artículo 7 de la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico. La definición de "firma electrónica" que figura en el artículo 2 a) ya se inspira en el artículo 7 1) a) de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Conceptos de "Identidad" e "Identificación"

El grupo de trabajo convino en que, a efectos de definición de la "firma electrónica" en la ley modelo, el concepto de "identificación" podría ser más que la mera identificación del firmante por su nombre. El concepto de identidad o identificación sirve para diferenciar al firmante de toda otra persona recurriendo a su nombre o a otros datos, que pueden ser otras características notables como la posición o la autoridad de esa persona, ya sea en combinación con un nombre o sin ninguna indicación de nombre. Sobre esa base, no es necesario distinguir entre la identidad y otras características notables de la persona ni limitar la ley modelo a las situaciones en que sólo se utilizan certificados de identidad en que se menciona el nombre del tenedor del dispositivo de creación de la firma (a/cn.9/467, párrs. 56 a 58).

Variación del efecto de la ley modelo en función de la fiabilidad técnica

Durante la preparación de la ley modelo, se expresó la opinión de que (mediante una referencia al concepto de "firma electrónica refrendada" o mediante una mención directa de los criterios para verificar la fiabilidad técnica de una determinada técnica de firma) se debería dar al artículo 6 el doble objetivo de establecer: a) que la aplicación de las técnicas de firmas electrónicas reconocidas como fiables tendría efectos jurídicos; y b) inversamente, que no se producirían tales efectos jurídicos al utilizarse técnicas de menor fiabilidad. No obstante, se estimó en general que convendría hacer una distinción más sutil entre las diversas técnicas posibles de firma electrónica, ya que debería evitarse que la ley modelo discriminara algún tipo de firma electrónica, por más que en determinadas circunstancias alguna de ellas pudiera parecer poco compleja o segura. Por consiguiente, toda técnica de firma electrónica aplicada con el propósito de firmar un mensaje de datos en el sentido del artículo 7 1) a) de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico podía producir efectos jurídicos, siempre y cuando fuera suficientemente fiable habida cuenta de todas las circunstancias, incluidos los eventuales acuerdos entre las partes. sin embargo, en virtud del artículo 7 de la ley modelo, la determinación de lo que constituye un método fiable de firma

habida cuenta de las circunstancias sólo puede ser efectuada por un tribunal u otro investigador de hechos que intervenga a posteriori, posiblemente mucho tiempo después de que se haya utilizado la firma electrónica. En cambio, la ley modelo debe crear en principio un beneficio para ciertas técnicas consideradas particularmente fiables independientemente de las circunstancias en que se utilicen, esta es la finalidad del párrafo 3), que debe crear la certeza (ya sea mediante una presunción o una regla de fondo), en el momento de utilizarse la técnica de firma electrónica o con anterioridad a ese momento (a priori), de que la utilización de una técnica reconocida producirá efectos jurídicos equivalentes a los que surtiría una firma manuscrita. Así pues, el párrafo 3) es una disposición esencial para que la nueva ley modelo cumpla su objetivo de ofrecer una certeza mayor que la que ya brinda la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en cuanto al efecto jurídico que cabe esperar de la utilización de tipos de firmas electrónicas particularmente fiables (véase a/cn.9/465, párr. 64).

Presunción o regla sustantiva

A fin de crear certeza sobre el efecto jurídico resultante de la utilización de una firma electrónica según la definición del artículo 2, el párrafo 3) establece expresamente los efectos jurídicos que se derivarían de la conjunción de ciertas características técnicas de una firma electrónica (véase a/cn.9/484, párr. 58). En cuanto a la forma en que se establecerían esos efectos jurídicos, los estados promulgantes, a reserva de lo que dispusiera su legislación de procedimiento civil y comercial, deberían poder adoptar una presunción o proceder a fijar directamente un vínculo entre ciertas características técnicas y el efecto jurídico de una firma (véase a/cn.9/467, párrs. 61 y 62).

Intención del firmante

Queda pendiente la cuestión de si se produce algún efecto jurídico al utilizarse técnicas de firma electrónica cuando el firmante no tiene la clara intención de quedar jurídicamente vinculado por la aprobación de la información firmada por medios electrónicos, en tal circunstancia, no se cumple la segunda función descrita en el artículo 7 1) a) de la ley modelo de la CNUDMI sobre

comercio electrónico, pues no existe intención de "indicar que [se] aprueba la información que figura en el mensaje de datos". El criterio adoptado en la ley modelo es que las consecuencias jurídicas de la utilización de una firma manuscrita deben reproducirse también en los mensajes electrónicos. Así pues, al adjuntar una firma (ya sea manuscrita o electrónica) a cierta información, cabe presumir que el firmante ha aprobado la vinculación de su identidad con esa información, la posibilidad de que esa vinculación produjera efectos jurídicos (contractuales o de otra índole) dependería de la naturaleza de la información consignada y de otras circunstancias que habría que evaluar conforme al derecho aplicable al margen de la ley modelo. En ese contexto, no se pretende que la ley modelo interfiera en el derecho general de los contratos o de las obligaciones (véase a/cn.9/465, párr. 65).

Criterios de fiabilidad técnica

Los apartados a) a d) del párrafo 3) tienen la finalidad de expresar criterios objetivos de fiabilidad técnica de las firmas electrónicas. El apartado a) se centra en las características objetivas de los datos de creación de la firma, que debe "corresponder exclusivamente al firmante". Desde el punto de vista técnico, los datos de creación de la firma podrían corresponder exclusivamente al firmante sin ser por sí mismos "exclusivos". El vínculo entre los datos utilizados para la creación de la firma y el firmante constituye el elemento esencial (a/cn.9/467, párr. 63). Si bien ciertos datos de creación de la firma electrónica pueden ser compartidos por diversos usuarios, por ejemplo, en el caso de varios empleados que usan conjuntamente los datos de creación de la firma de una empresa, es preciso que los datos puedan identificar inequívocamente a un usuario en el contexto de cada firma electrónica.

Control exclusivo de los datos de creación de la firma por el firmante

El apartado b) regula las circunstancias en que se utilizan los datos de creación de la firma en el momento de su utilización, los datos deben estar bajo el control exclusivo del firmante. En relación con el concepto de control exclusivo por parte del firmante se plantea la cuestión de si éste conservaría

la capacidad para autorizar a otra persona a utilizar en su nombre los datos de la firma, esta situación podría plantearse en el contexto de una empresa que fuera titular de una firma pero que autorizara a varias personas a firmar en su nombre (a/cn.9/467, párr. 66). Otro ejemplo sería el de ciertas aplicaciones empresariales, por ejemplo, cuando los datos de la firma figuran en una red y pueden ser utilizados por diversas personas. en tal situación, cabe suponer que la red correspondería a una determinada entidad que sería titular de la firma y controlaría los datos de creación de la firma, si no fuera así y los datos de la firma estuviesen a disposición de cualquier persona, no deberían quedar comprendidos en la ley modelo (a/cn.9/467, párr. 67). Cuando una clave única sea utilizada por más de una persona dentro de un sistema de "clave compartida" o de algún otro sistema de "secreto compartido", toda referencia al "firmante" ha de entenderse como una referencia a esas personas en conjunto (a/cn.9/483, párr. 152).

Mandato

Los apartados a) y b) tienen el objetivo común de asegurar que los datos de creación de la firma sólo puedan ser utilizados por una sola persona en un momento determinado, básicamente el momento de la firma, y por nadie más. La cuestión del mandato o la autorización para utilizar los datos de la firma se aborda en la definición de "firmante" (a/cn.9/467, párr. 68).

Integridad

Los apartados c) y d) regulan las cuestiones de la integridad de la firma electrónica y la integridad de la información consignada en el mensaje firmado electrónicamente. Se habrían podido combinar las dos disposiciones para subrayar la idea de que, cuando se adjunta una firma a un documento, la integridad del documento y la integridad de la firma son dos conceptos que están tan estrechamente vinculados que no pueden concebirse por separado. No obstante, se decidió que la ley modelo siguiera la distinción hecha en la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico entre los artículos 7 y 8, si bien algunas tecnologías aportan al mismo tiempo la autenticación (artículo 7 de la ley modelo de la CNUDMi sobre comercio electrónico) y la integridad

(artículo 8 de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico), se trata de dos conceptos jurídicos diferenciados que deben tratarse como tales dado que una firma manuscrita no garantiza la integridad del documento al que se adjunta ni garantiza que puedan detectarse eventuales cambios introducidos en el documento, el criterio de la equivalencia funcional exige que esos conceptos no se regulen en una única disposición. la finalidad del apartado c) del párrafo 3) es enunciar el criterio que debe cumplirse para demostrar que un determinado método de firma electrónica es suficientemente fiable para satisfacer el requisito legal de la firma, ese requisito legal podía satisfacerse sin tener que demostrar la integridad de todo el documento (véase a/cn.9/467, párrs. 72 a 80).

El apartado d) se ha concebido principalmente para los países cuya normativa legal sobre las firmas manuscritas no permitía hacer una distinción entre la integridad de la firma y la integridad de la información consignada. En otros países, el apartado d) podría crear una firma que resultara más fiable que una firma manuscrita e ir así más allá del concepto de equivalente funcional de una firma. En ciertas jurisdicciones, el efecto del apartado d) podría ser la creación de un equivalente funcional a un documento original (véase a/cn.9/484, párr. 62).

Firma electrónica de parte de un mensaje

En el apartado d) el vínculo necesario entre la firma y la información firmada se expresa evitando que ello implique que la firma electrónica sólo pueda ser aplicable al contenido íntegro de un mensaje de datos de hecho, en muchos casos la información firmada constituye sólo una parte de la información consignada en el mensaje de datos. Por ejemplo, una firma electrónica puede referirse únicamente a la información adjuntada al mensaje a efectos de transmisión.

Modificación mediante acuerdo

El párrafo 3) no tiene la finalidad de limitar la aplicación del artículo 5 ni de ningún derecho aplicable que reconozca la libertad de las partes para estipular en cualquier acuerdo pertinente que considerarán que una determinada

técnica de firma constituirá entre dichas partes un equivalente fiable a una firma manuscrita.

El apartado a) del párrafo 4) tiene la finalidad de dar una base jurídica a la práctica comercial por la que muchas partes comerciales regulan mediante contrato sus relaciones en lo referente a la utilización de firmas electrónicas (véase a/cn.9/484, párr. 63).

Posibilidad de aducir pruebas de que una firma electrónica no es fiable

129. El apartado b) del párrafo 4) tiene la finalidad de dejar claro que la ley modelo no limita ninguna eventual posibilidad de rebatir la presunción enunciada en el párrafo 3) (véase a/cn.9/484, párr. 63).

Exclusiones del ámbito de aplicación del artículo 6

El principio enunciado en el párrafo 5) consiste en que el estado promulgante podrá excluir la aplicación del artículo 6 a ciertas situaciones que especifique la legislación por la que se incorpore la ley modelo al derecho interno. El estado promulgante tal vez desee excluir expresamente ciertos tipos de situaciones, en particular en función de la finalidad con que se haya establecido un requisito formal de firma manuscrita. Por ejemplo, cabría considerar una exclusión específica en el contexto de las formalidades que impongan al estado promulgante los tratados internacionales y en otros tipos de situaciones y cuestiones de derecho que el estado promulgante no pueda modificar por vía legislativa.

El párrafo 5) se incluyó en el texto de la ley modelo para darle una mayor aceptabilidad. La disposición reconoce que la especificación de las exclusiones debe corresponder a los estados promulgantes; de este modo se tendrían mejor en cuenta las diferencias entre las circunstancias nacionales. No obstante, conviene destacar que si se utiliza el párrafo 5) para establecer excepciones generales, la ley modelo no cumplirá su finalidad, por lo que no habría que abusar de la posibilidad que ofrece esa disposición. Si se prevén muchas exclusiones de la aplicación del artículo 6, se obstaculizará innecesariamente el desarrollo de las firmas electrónicas, ya que lo que se enuncia en

la ley modelo son principios y criterios muy fundamentales concebidos para su aplicación general (véase a/cn.9/484, párr. 63).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto períodode sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 258, 259, y 284;a/cn.9/493, anexo, párrs. 115 a 131;a/cn.9/484, párrs. 58 a 63; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 114 a 126;a/cn.9/467, párrs. 44 a 87;a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 41 a 47; a/cn.9/465, párrs. 62 a 82;a/cn.9/wg.4/wp.82, párrs. 42 a 44;a/cn.9/457, párrs. 48 a 52;a/cn.9/wg.iv/wp.80, párrs. 11 y 12.

Artículo 7. Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6

1) La persona, el órgano o la entidad, del sector público o privado, a que el estado promulgante haya expresamente atribuido competencia] podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6.
2) La determinación que se haga con arreglo al párrafo 1) deberá ser compatible con las normas internacionales reconocidas.
3) Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Determinación previa de la condición jurídica de la firma electrónica

En el artículo 7 se describe la función desempeñada por el estado promulgante al establecer o reconocer la entidad que puede validar el uso de firmas electrónicas o certificar su calidad. Al igual que el artículo 6, el artículo 7 se basa en la idea de que lo indispensable para facilitar el desarrollo del comercio electrónico es la certeza y la previsibilidad cuando las partes comerciales hagan uso de técnicas de firma electrónica, no cuando haya una controversia ante un tribunal. Cuando una determinada técnica de firma pueda satisfacer los requisitos de un alto nivel de fiabilidad y seguridad, debería existir un medio para evaluar los aspectos técnicos de la fiabilidad y la seguridad y para dar a la técnica de firma algún tipo de reconocimiento.

Finalidad del artículo 7

La finalidad del artículo 7 es aclarar que el estado promulgante puede designar un órgano o una autoridad confiriéndole la facultad para determinar qué tecnologías específicas pueden beneficiarse de la regla que establece el artículo 6. El artículo 7 no es una disposición de habilitación que los estados puedan o deban necesariamente promulgar en su forma actual. No obstante, tiene el propósito de transmitir el claro mensaje de que puede lograrse certeza y previsibilidad determinando qué técnicas de firma electrónica cumplen los criterios de fiabilidad del artículo 6, siempre y cuando tal determinación se efectúe de conformidad con las normas internacionales. No debe interpretarse el artículo 7 en el sentido de que prescribe efectos jurídicos imperativos para la utilización de ciertos tipos de técnicas de firma, o de que limita la utilización de tecnología a las técnicas que, según se haya determinado, satisfacen los requisitos de fiabilidad del artículo 6. Por ejemplo, las partes deberían tener libertad para utilizar las técnicas que hayan convenido, aunque no se haya determinado que cumplen los requisitos del artículo 6. También deberían tener libertad para demostrar ante un tribunal ordinario o arbitral que el método de firma que han elegido satisface de hecho los requisitos del artículo 6, aun cuando no haya sido objeto de evaluación para determinar si es así.

Párrafo 1

El párrafo 1) especifica que la entidad que pueda validar la utilización de firmas electrónicas o certificar su calidad no tiene por qué representar una autoridad estatal. No debe deducirse de ello que el párrafo 1) recomienda a los estados el único medio para lograr el reconocimiento de tecnologías de firma, sino más bien que el párrafo indica las limitaciones aplicables si los estados optan por ese criterio.

Párrafo 2

Con respecto al párrafo 2), el concepto de "normas" no debe limitarse a las normas formuladas, por ejemplo, por la organización internacional de normalización (ISO) o por la internet engineering task force (IETF), ni a otras nor-

mas técnicas. La palabra "normas" debe interpretarse en un sentido amplio, que abarque las prácticas industriales y los usos comerciales, los textos dimanantes de organizaciones internacionales como la cámara de comercio internacional, los órganos regionales de acreditación dependientes de la iso (véase a/cn.9/484, párr. 66), el word wide web consortium (w3c), órganos regionales de normalización[18] y la labor de la CNUDMI propiamente dicha (incluidas la presente ley modelo y también la ley modelo de la cnudmi sobre comercio electrónico). La posible falta de normas pertinentes no debe impedir a las personas o autoridades competentes efectuar la determinación mencionada en el párrafo 1). En cuanto a las normas "reconocidas", convendría plantearse lo que constituye "reconocimiento" y de quién hay que obtenerlo (véase a/cn.9/465, párr. 94). Esa cuestión se examina en relación con el artículo 12 (véase infra, párr. 159).

Párrafo 3

El párrafo 3) tiene la finalidad de dejar bien claro que el objetivo del artículo 7 es no obstaculizar la vigencia de las normas de derecho internacional privado (véase a/cn.9/467, párr. 94). A falta de tal disposición, podría malinterpretarse el artículo 7 y suponer que alienta a los estados promulgantes a discriminar las firmas electrónicas extranjeras por no cumplir las reglas enunciadas por la persona o autoridad pertinente conforme al párrafo 1).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 210, 211, 260, 261 y 284;a/cn.9/493, anexo, párrs. 132 a 136; a/cn.9/484, párrs. 64 a 66; a/cn.9/wg.iv/wp.88, párrs. 127 a 131; a/cn.9/467, párrs. 90 a 95; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 49 a 51;a/cn.9/465, párrs. 90 a 98; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párr. 46;a/cn.9/457, párrs. 48 a 52; a/cn.9/wg.iv/wp.80, párr. 15.

[18] ibíd., párrs. 275 a 277.

Artículo 8. Proceder del firmante

1) Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá:

   a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma;

   b) Dar aviso sin dilación indebida a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si: i) sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o ii) las circunstancias de que tiene conocimiento dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho; c) cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con su ciclo vital o que hayan de consignarse en él sean exactas y cabales.

2) El firmante incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1).

Título

Inicialmente se había previsto que el artículo 8 (y los artículos 9 y 11) contuvieran reglas relativas a las obligaciones y responsabilidades de las diversas partes interesadas (el firmante, la parte que confía en la firma y el eventual prestador de servicios de certificación). No obstante, los rápidos cambios que afectaban a los aspectos técnicos y comerciales del comercio electrónico, junto con el papel que actualmente desempeñaba la autorreglamentación en el comercio electrónico de ciertos países, dificultaban el consenso sobre el contenido de esas reglas. Los artículos se han redactado de modo que representen un "código de conducta" mínimo para las diversas partes. Como se indica en el contexto del artículo 9 con respecto a los prestadores de servicios de certificación (véase el párrafo 144 infra), la ley modelo no exige del firmante un grado de diligencia o de fiabilidad que no corresponda razonablemente a los fines para los que se utilice la firma electrónica o el certifica-

do (véase a/cn.9/484, párr. 67). Así pues, la ley modelo favorece una solución que vincule las obligaciones enunciadas en los artículos 8 y 9 a la creación de firmas electrónicas con eficacia jurídica (a/cn.9/483, párr. 117). El principio de la responsabilidad del firmante por el incumplimiento del párrafo 1) viene enunciado en el párrafo 2); el alcance de esa responsabilidad por incumplimiento de ese código de conducta se deja en manos del derecho aplicable al margen de la ley modelo (véase el párrafo 141 infra).

Párrafo 1

Los apartados a) y b) se aplican en general a todas las firmas electrónicas, mientras que el apartado c) es sólo aplicable a las firmas electrónicas avaladas por un certificado. la obligación enunciada en el apartado a) del párrafo 1), en particular, de actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de datos de creación de una firma, constituye una obligación básica que suele figurar, por ejemplo, en los acuerdos relativos a la utilización de tarjetas de crédito. Conforme al criterio adoptado en el párrafo 1), esa obligación debería ser aplicable también a cualesquiera datos de creación de una firma electrónica que pudieran utilizarse para expresar una intención jurídicamente significativa. Sin embargo, la disposición del artículo 5 relativa a la modificación mediante acuerdo permite modificar las normas establecidas en el artículo 8 cuando se considere que son inapropiadas o que pueden tener consecuencias indeseadas. Al interpretarse el concepto de "diligencia razonable", deben tenerse en cuenta las eventuales prácticas pertinentes. La "diligencia razonable", conforme a la ley modelo, también debería interpretarse teniendo debidamente en cuenta su origen internacional, como se indica en el artículo 4[19].

El apartado b) del párrafo 1 establece un requisito más flexible de "esforzarse razonablemente" para notificar a la persona que pudiera confiar en la firma electrónica en los casos en que al parecer ésta hubiese quedado en entredicho. Como tal vez el firmante no podría ubicar a todas las personas que pudieran confiar en la firma electrónica, en general se opinó que, en los casos en que al parecer ésta hubiese quedado en entredicho, sería excesivamente gravoso imponer al firmante la obligación de lograr que toda perso-

[19] ibíd., párr. 214.

na que pudiera confiar en la firma quedase notificada. La idea de "esforzarse razonablemente" debía interpretarse a la luz de un principio general de buena fe expresado en el párrafo 1 del proyecto de artículo 4[20]. En cuanto a la propuesta de añadir la frase "procedimientos de que disponga el firmante para dar aviso a las partes que confían en la firma", se señaló que en muchos casos los prestadores de servicios de certificación pondrían a disposición del firmante procedimientos que pudieran aplicar cuando la firma electrónica quedara en entredicho. Era esencial proporcionar al firmante una disposición de salvaguardia a efectos de que pudiera demostrar que al aplicar esos procedimientos había actuado con suficiente diligencia para intentar dar aviso a las partes que podían confiar en la firma[21]. Con respecto a las partes que confían, el apartado b) del párrafo 1 hace referencia a la "persona que, según pueda razonablemente prever, puede considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen". Según la terminología empleada, esa "parte que confía" puede ser no solo la persona que intente confiar en la firma, sino también personas como prestadores de servicios de certificación, prestadores de servicios de revocación de certificados y otras personas interesadas.

El apartado c) del párrafo 1 es aplicable cuando se utiliza un certificado para avalar los datos de la firma. La expresión "ciclo vital del certificado" debe entenderse de forma amplia como el período que va desde la solicitud del certificado o desde la creación del certificado hasta su expiración o revocación.

Párrafo 2

En el párrafo 2) no se especifican las consecuencias ni los límites de la responsabilidad, todo lo cual queda en manos del derecho nacional. No obstante, si bien las consecuencias de la responsabilidad se regirán por el derecho nacional, el párrafo 2) sirve para dar una clara señal a los estados promulgantes de que el incumplimiento de las obligaciones enunciadas en el párrafo 1) debe acarrear responsabilidad. El párrafo 2) se basa en la conclusión a la que llegó el grupo de trabajo en su 35.º período de sesiones de que puede ser difícil obtener un consenso sobre las consecuencias que pueden derivarse de la

[20] ibíd., párr. 216.
[21] ibíd., párr. 217.

responsabilidad del firmante. Según el contexto en que se utilice la firma electrónica, esas consecuencias pueden abarcar, según el derecho aplicable, desde la posibilidad de que el firmante quede vinculado por el contenido del mensaje hasta la obligación de pagar daños y perjuicios. En consecuencia, el párrafo 2) se limita a establecer el principio de que el firmante debe ser responsable del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1), y deja en manos del derecho aplicable en cada estado promulgante, al margen de la ley modelo, la regulación de las consecuencias jurídicas que se deriven de tal responsabilidad[22].

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 212, 222, 262, 263 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 137 a 141;a/cn.9/484, párrs. 67 a 69; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 132 a 136;a/cn.9/467, párrs. 96 a 104; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 52 y 53; a/cn.9/465, párrs. 99 a 108; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párrs. 50 a 55; a/cn.9/457, párrs. 65 a 98; a/cn.9/wg.iv/wp.80, párrs. 18 y 19.

Artículo 9. Proceder del prestador de servicios de certificación

I) Cuando un prestador de servicios de certificación preste servicios para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, ese prestador de servicios de certificación deberá:

a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas;
b) Actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él sean exactas y cabales;
c) Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que permitan a la parte que confía en el certificado determinar mediante éste: i) la identidad del prestador de servicios de certificación;

[22] ibíd., párrs. 219 a 221.

II) Que el firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado;

III) Que los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado o antes de ella;

d) Proporcionar medios de acceso razonablemente fácil que, según proceda, permitan a la parte que confía en el certificado determinar mediante éste o de otra manera:

I) El método utilizado para identificar al firmante; ii) cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado; iii) si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho; iv) cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el prestador de servicios de certificación; v) si existe un medio para que el firmante dé aviso de que los datos de creación de la firma están en entredicho, conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1) del artículo 8; vi) si se ofrece un servicio de revocación oportuna del certificado;

e) Cuando se ofrezcan servicios conforme al inciso v) del apartado d), proporcionar un medio para que el firmante dé aviso conforme al apartado b) del párrafo 1) del artículo 8 y, cuando se ofrezcan servicios conforme al inciso vi) del apartado d), cerciorarse de que exista un servicio de revocación oportuna del certificado;

f) Utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.

II) El prestador de servicios de certificación incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1).

Párrafo 1

En el apartado a) se enuncia la regla fundamental de que el prestador de servicios de certificación debe atenerse a las declaraciones que haya hecho y a los compromisos que haya contraído, por ejemplo, en una declaración de prácticas de certificación o en cualquier otro tipo de declaración de principios.

En el apartado c) se define el contenido esencial y el efecto primodial de todo certificado con arreglo a la ley modelo. Es importante señalar que, en el caso de las firmas numéricas, también debe poderse determinar la vinculación del firmante con la clave pública y con la clave privada (a/cn.9/484, párr. 71). En el apartado d) se enumeran otros elementos que deben incluirse en el certificado o que deben estar disponibles o accesibles para la parte que confía en la firma, cuando sean de interés para un determinado certificado. El apartado e) no es aplicable a certificados como los de transacción, que son certificados para una vez, ni a los certificados de bajo costo o aplicaciones de bajo riesgo, que en ambos casos pueden no estar sujetos a revocación.

Podría pensarse que cabe razonablemente esperar que los prestadores de servicios de certificación, y no sólo los que expiden certificados de "alto valor", cumplan los deberes y obligaciones previstos en el artículo 9. Sin embargo, la ley modelo no requiere de un firmante ni de un prestador de servicios de certificación un grado de diligencia o fiabilidad que no esté en relación razonable con las finalidades para las que se utilizan las firmas electrónicas o el certificado correspondiente (véase el párrafo 137 supra). La ley modelo propugna, pues, una solución que vincula las obligaciones expuestas en los artículos 8 y 9 a la producción de firmas electrónicas con eficacia jurídica (a/cn.9/483, párr. 117). Al limitar el alcance del artículo 9 a la amplia gama de situaciones en las que se prestan servicios de certificación en apoyo de una firma electrónica que pueda ser utilizada con efectos jurídicos como firma, la ley modelo no se propone crear nuevos tipos de efectos jurídicos para las firmas (a/cn.9/483, párr. 119).

Párrafo 2

Paralelamente al párrafo 2 del artículo 8, el párrafo 2) deja en manos del derecho nacional la determinación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo 1 (véase supra, párr. 141, y a/56/17, párr. 230). A reserva de las reglas aplicables del derecho nacional, el párrafo 2) no está concebido para que se interprete como una regla de responsabilidad absoluta. No se preveía que el efecto del párrafo 2) sería excluir

la posibilidad de que el prestador de servicios de certificación demostrara, por ejemplo, la ausencia de culpa o de negligencia.

En anteriores proyectos del artículo 9 figuraba un párrafo suplementario en que se regulaban las consecuencias de la responsabilidad enunciada en el párrafo 2). Durante la preparación de la ley modelo, se observó que la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación no quedaría suficientemente reglamentada con la adopción de una única disposición del tenor del párrafo 2), aunque el párrafo 2) enunciara un principio apropiado para su aplicación a los firmantes, tal vez no resultara suficiente para regular las actividades profesionales y comerciales abarcadas por el artículo 9. Un posible modo de paliar esa insuficiencia habría consistido en enumerar, en el texto de la ley modelo, los factores que debían tenerse en cuenta al evaluar las pérdidas resultantes del incumplimiento de los requisitos del párrafo 1) por parte del prestador de servicios de certificación. Finalmente, se decidió que en esta guía figurara una lista no exhaustiva de factores indicativos. Al evaluarse la responsabilidad del prestador de servicios de certificación, debían tenerse en cuenta, entre otras cosas, los siguientes factores: a) el costo de obtención del certificado; b) la naturaleza de la información que se certifique; c) la existencia de limitaciones de los fines para los que pueda utilizarse el certificado y el alcance de esas limitaciones; d) la existencia de declaraciones que limiten el alcance o la magnitud de la responsabilidad del prestador de servicios de certificación; y e) toda conducta de la parte que confía en la firma que contribuya a la responsabilidad. Durante la preparación de la ley modelo se convino en que, al determinar las pérdidas recuperables en el estado promulgante, deberían tenerse en cuenta las normas que rijan la limitación de la responsabilidad en el estado en que esté establecido el prestador de servicios de certificación o en cualquier otro estado cuya legislación sea aplicable en virtud de las reglas pertinentes sobre conflictos de leyes (a/cn.9/ 484, párr. 74).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 223 a 230, 264, 265 y 284;

a/cn.9/493, anexo, párrs. 142 a 146; a/cn.9/484, párrs. 70 a 74; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 137 a 141; a/cn.9/483, párrs. 114 a 127; a/cn.9/467, párrs. 105 a 129; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 54 a 60; a/cn.9/465, párrs. 123 a 142 (proyecto de artículo 12); a/cn.9/wg.iv/wp.82, párrs. 59 a 68 (proyecto de artículo 12); a/cn.9/457, párrs. 108 a 119; a/cn.9/wg.iv/wp.80, párrs. 22 a 24.

Artículo 10. Fiabilidad

A los efectos del apartado f) del párrafo 1) del artículo 9, para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos utilizados por un prestador de servicios de certificación son fiables, y en qué medida lo son, podrán tenerse en cuenta los factores siguientes:

a) Los recursos humanos y financieros, incluida la existencia de un activo;
b) La calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;
c) Los procedimientos para la tramitación del certificado y las solicitudes de certificados, y la conservación de registros;
d) La disponibilidad de información para los firmantes nombrados en el certificado y para las partes que confían en éste;
e) La periodicidad y el alcance de la auditoría por un órgano independiente;
f) La existencia de una declaración del estado, de un órgano de acreditación o del prestador de servicios de certificación respecto del cumplimiento o la existencia de los factores que anteceden; y
g) Cualesquiera otros factores pertinentes.

Flexibilidad del concepto de "fiabilidad"

Inicialmente, el artículo 10 fue redactado como parte del artículo 9. Si bien posteriormente esa parte pasó a ser otro artículo, tiene ante todo la finalidad de ayudar a interpretar el concepto de "sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables" en el artículo 9 1) f). El artículo 10 está redactado en forma de lista no exhaustiva de factores que deben tenerse en cuenta para determinar la fiabilidad. Esa lista tiene el objetivo de presentar un concepto flexible de la fiabilidad, que podría variar de contenido según lo que se esperara del certificado en el contexto en que se creara.

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 231 a 234, 266, 267 y 284; a/cn.9/493, anexo, párr. 147; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párr. 142 ;a/cn.9/483, párrs. 128 a 133; a/cn.9/467, párrs. 114 a 119.

Artículo 11. Proceder de la parte que confía en el certificado

Serán de cargo de la parte que confía en el certificado las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no haya tomado medidas razonables para:

a) verificar la fiabilidad de la firma electrónica; o b) cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado: i) verificar la validez, suspensión o revocación del certificado; y ii) tener en cuenta cualquier limitación en relación con el certificado.

Criterio de la confianza razonable

El artículo 11 refleja la idea de que la parte que se proponga confiar en una firma electrónica debe tener presente la cuestión de si tal confianza es razonable habida cuenta de las circunstancias y hasta qué punto es razonable. El artículo no pretende abordar la cuestión de la validez de una firma electrónica, que ya se regula en el artículo 6 y no debe depender de la conducta de la parte que confía en la firma. La cuestión de la validez de una firma electrónica no debe vincularse a la cuestión de si es razonable que una parte confíe en una firma que no cumpla la norma enunciada en el artículo 6.

Cuestiones relativas al consumidor

Si bien el artículo 11 puede imponer una carga a las partes que confían en una firma, particularmente si esas partes son consumidores, conviene recordar que la ley modelo no tiene la finalidad de derogar ninguna norma que rija la protección del consumidor. Sin embargo, la ley modelo puede ser de utilidad al informar a todas las partes interesadas, incluidas las partes que confían en firmas, sobre la norma de la conducta razonable que debe observarse con respec-

to a las firmas electrónicas. además, el establecimiento de una norma de conducta en virtud de la cual la parte que confía en una firma debe verificar la fiabilidad de la firma con los medios disponibles puede considerarse esencial para el desarrollo de todo sistema de infraestructuras de clave pública.

Concepto de "parte que confía en la firma"

En la ley modelo no se define el concepto de "parte que confía en la firma". Conforme a la práctica seguida en la industria, ese concepto pretende abarcar a cualquier parte que confíe en una firma electrónica. Por lo tanto, según las circunstancias, la "parte que confía en la firma" puede ser cualquier persona, independientemente de si tiene una relación contractual con el firmante o con el prestador de servicios de certificación. Cabe incluso la posibilidad de que el prestador de servicios de certificación o el propio firmante pase a ser una "parte que confía en una firma". Sin embargo, ese concepto amplio de "parte que confía en una firma" no debe implicar que el suscriptor de un certificado esté obligado a verificar la validez del certificado que obtenga del prestador de servicios de certificación.

Incumplimiento de los requisitos del artículo 11

Con respecto a las posibles consecuencias de que se imponga a la parte que confía en la firma la obligación general de verificar la validez de la firma electrónica o del certificado, se plantea la cuestión de lo que debe ocurrir si dicha parte incumple los requisitos del artículo 11. En tal caso, no debe impedirse que la parte haga valer la firma o el certificado si sus medidas razonables de verificación no hubieran permitido determinar la invalidez de la firma o del certificado. Con los requisitos del artículo 11 no se pretende exigir la observación de limitaciones ni la verificación de información que no sean fácilmente accesibles para la parte que confía en la firma. Esta situación puede tener que regirse por el derecho aplicable al margen de la ley modelo. De modo más general, las consecuencias del incumplimiento de los requisitos del artículo 11 por la parte que confía en la firma se rigen por el derecho aplicable al margen de la ley modelo (véase a/cn.9/484, párr. 75). A este respecto se han adoptado enunciados paralelos en el artículo 11 y en los párrafos 2

de los artículos 8 y 9. Durante la preparación de la ley modelo, se sugirió que se hiciera una distinción entre el régimen legal aplicable al firmante y al prestador de servicios de certificación (que debería atenerse a normas de conducta en el contexto del proceso de la firma electrónica), por un lado, y el régimen aplicable a la parte que confía (para quien la ley modelo podría establecer normas de conducta, pero que no debería tener el mismo nivel de obligaciones que las otras dos partes), por otro no obstante, prevaleció la opinión de que esta distinción debía dejarse en manos del derecho aplicable al margen de la ley modelo[23].

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 235, 236, 268, 269 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 148 a 151;a/cn.9/484, párr. 75; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 143 a 146; a/cn.9/467, párrs. 130 a 143; a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 61 a 63; a/cn.9/465, párrs. 109 a 122 (artículos 10 y 11 del proyecto); a/cn.9/wg.iv/wp.82, párrs. 56 a 58 (artículos 10 y 11 del proyecto); a/cn.9/457, párrs. 99 a 107; a/cn.9/wg.iv/wp.80, párrs. 20 y 21.

Artículo 12. Reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras

1) Al determinar si un certificado o una firma electrónica produce efectos jurídicos, o en qué medida los produce, no se tomará en consideración:

   a) El lugar en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica; ni

   b) El lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o firmante.

2) Todo certificado expedido fuera [del estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el estado promulgante] que todo certificado expedido en [el estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

3) Toda firma electrónica creada o utilizada fuera [del estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el estado promulgante] que toda

[23] ibíd., párrs. 220 y 221.

firma electrónica creada o utilizada en [el estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

4) A efectos de determinar si un certificado o una firma electrónica presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente para los fines del párrafo 2) o del párrafo 3), se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente.

5) Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2), 3) y 4), las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas y certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Norma general de no discriminación

El párrafo 1) tiene por fin reflejar el principio básico de que el lugar de origen no debe, en sí mismo, ser un factor que determine si debe reconocerse que los certificados o las firmas electrónicas extranjeros pueden tener eficacia jurídica y en qué medida pueden tenerla. La determinación de si un certificado o una firma electrónica puede tener eficacia jurídica, o en qué medida puede tenerla, no debe depender del lugar en el que se expidió el certificado o la firma (véase el documento a/cn.9/483, párr. 27) sino de su fiabilidad técnica.

"Grado de fiabilidad sustancialmente equivalente"

La finalidad del párrafo 2) es dar un criterio general para el reconocimiento transfronterizo de certificados sin el cual los prestadores de servicios de certificación podrían verse enfrentados a la carga irracional de tener que obtener licencias en muchas jurisdicciones. No obstante, el párrafo 2 no tenía la finalidad de dar preferencia a los prestadores de servicios de certificación extranjeros sobre los nacionales[24]. A esos efectos, el párrafo 2) establece un umbral de equivalencia técnica de los certificados extranjeros basado en contrastar su fiabilidad con los requisitos de fiabilidad establecidos por el estado

[24] ibíd., párr. 282.

promulgante, de conformidad con la ley modelo (a/cn.9/483, párr. 31). Ese criterio ha de aplicarse prescindiendo de la naturaleza del sistema de certificación utilizado en la jurisdicción de donde emanó el certificado o la firma (a/cn.9/483, párr. 29).

Variación del grado de fiabilidad según las jurisdicciones

Con una remisión al concepto central de "grado de fiabilidad sustancialmente equivalente", el párrafo 2) reconoce que puede haber diferencias apreciables entre los requisitos de cada una de las jurisdicciones. El requisito de la equivalencia, utilizado en el párrafo 2), no significa que el grado de fiabilidad de un certificado extranjero deba ser exactamente idéntico al de un certificado nacional (a/cn.9/483, párr. 32).

Variación del grado de fiabilidad dentro de una jurisdicción

Además, hay que observar que, en la práctica, los prestadores de servicios de certificación expiden certificados con diversos grados de fiabilidad, según los fines para los que los clientes piensan utilizar esos certificados. según el grado de fiabilidad respectivo, los certificados y las firmas electrónicas pueden producir distintos efectos jurídicos, en el plano interno o en el extranjero. Por ejemplo, en ciertos países y en determinadas circunstancias, incluso los certificados a veces denominados "de bajo nivel" o "de bajo valor" pueden producir efectos jurídicos (por ejemplo, cuando las partes han convenido contractualmente en utilizar esos instrumentos) (véase a/cn.9/484, párr. 77). En consecuencia, al aplicar la noción de equivalencia utilizada en el párrafo 2), hay que tener presente que la equivalencia que hay que comprobar es entre certificados funcionalmente comparables. Sin embargo, no se ha intentado en la ley modelo determinar una correspondencia entre certificados de tipos diferentes expedidos por distintos prestadores de servicios de certificación en diferentes jurisdicciones. La ley modelo se ha redactado dejando abierta la posibilidad de una jerarquía de diferentes tipos de certificado. En la práctica, un tribunal judicial o arbitral al que se acuda para decidir sobre los efectos jurídicos de un certificado extranjero examinará normalmente cada certificado atendiendo a

criterios de fondo y tratará de casarlo con el grado correspondiente más cercano en el estado promulgante (a/cn.9/483, párr. 33).

Trato igual de los certificados y otros tipos de firmas electrónicas

El párrafo 3) expone con respecto a las firmas electrónicas la misma norma enunciada en el párrafo 2) respecto de los certificados (a/cn.9/483, párr. 41).

Reconocimiento de ciertos efectos jurídicos al cumplimiento de las leyes de un país extranjero

Los párrafos 2) y 3) se ocupan exclusivamente de la comprobación transfronteriza de la fiabilidad que debe practicarse al evaluar la fiabilidad de un certificado o una firma electrónica extranjeros. pero, en la preparación de la ley modelo, se tuvo presente que tal vez los estados promulgantes desearían obviar la necesidad de contrastar la fiabilidad respecto de determinadas firmas o certificados cuando el estado promulgante estuviera convencido de que el derecho de la jurisdicción donde se originó la firma o el certificado presentaba un grado suficiente de fiabilidad. En cuanto a las técnicas jurídicas mediante las cuales un estado promulgante pudiera reconocer por adelantado la fiabilidad de los certificados y firmas que cumpliesen con la legislación de un país extranjero (por ejemplo, una declaración unilateral o un tratado), la ley modelo no contiene ninguna sugerencia en concreto (a/cn.9/483, párrs. 39 y 42).

Factores que hay que considerar al evaluar la equivalencia sustancial de los certificados y las firmas extranjeros

En la preparación de la ley modelo, el párrafo 4) se formuló en un principio como un catálogo de los factores a tener en cuenta al determinar si un certificado o una firma electrónica ofrecían un grado sustancialmente equivalente de fiabilidad a los fines del párrafo 2) o el párrafo 3). Se estimó luego que la mayoría de estos factores ya estaban numerados en los artículos 6, 9 y 10.

reiterar de nuevo esos factores en el contexto del artículo 12 habría sido superfluo. se juzgó que otra posibilidad, remitirse, en el párrafo 4), a las disposiciones apropiadas de la ley modelo donde se mencionaban los criterios pertinentes, posiblemente añadiendo otros criterios particularmente importantes para el reconocimiento transfronterizo, produciría una formulación sencillamente compleja (véase, en particular, el documento a/cn.9/483, párrs. 43 a 49). El párrafo 4) se convirtió finalmente en una referencia inconcreta a "cualquier otro factor pertinente"; entre estos factores son particularmente importantes los enumerados en los artículos 6, 9 y 10 para la evaluación de los certificados y las firmas electrónicas nacionales. Además, el párrafo 4) extrae las consecuencias del hecho de que evaluar la equivalencia de los certificados extranjeros es cosa algo diferente de evaluar la fiabilidad de un prestador de servicios de certificación conforme a los artículos 9 y 10. Con ese fin, se ha añadido en el párrafo 4) una referencia a "las normas internacionales reconocidas".

Normas internacionales reconocidas

El concepto de "norma internacional reconocida" debe interpretarse con amplitud para que abarque las normas internacionales técnicas y comerciales (por ejemplo, las dependientes del mercado), las normas y reglas adoptadas por órganos gubernamentales o intergubernamentales (a/cn.9/483, párr. 49) y las "normas voluntarias" (descritas en el párrafo 69 supra)25. "normas internacionales reconocidas" pueden ser declaraciones de prácticas técnicas, jurídicas o comerciales aceptadas, desarrolladas por el sector público o el privado (o por ambos), que tengan carácter normativo o interpretativo, generalmente aceptadas para su aplicación internacional. Esas reglas pueden adoptar la forma de requisitos, recomendaciones, directrices, códigos de conducta o declaraciones de prácticas óptimas o de normas (a/cn.9/483, párrs. 101 a 104).

Reconocimiento de los acuerdos entre las partes interesadas

El párrafo 5) prevé el reconocimiento de los acuerdos entre las partes interesadas acerca del uso de ciertos tipos de firmas electrónicas o certificados

como motivo suficiente para el reconocimiento transfronterizo (entre ambas partes) de las firmas o certificados acordados (a/cn.9/483, párr. 54). Hay que observar que, en armonía con el artículo 5, no ha de entenderse que el párrafo 5) se aparte de ninguna ley imperativa, en particular de un requisito obligatorio de firmas manuscritas que los estados promulgantes tal vez deseen mantener en la ley aplicable (a/cn.9/483, párr. 113). El párrafo 5) es necesario para dar efecto a las estipulaciones contractuales conforme a las cuales las partes puedan convenir, entre ellas, en reconocer el uso de ciertas firmas electrónicas o certificados (que quepa considerar extranjeros en alguno o todos los estados en que las partes puedan tratar de obtener el reconocimiento jurídico de esas firmas o certificados), sin que esas firmas o esos certificados se sometan al criterio de la equivalencia sustancial expresado en los párrafos 2), 3) y 4). el párrafo 5) no afecta a la situación jurídica de terceros (a/cn.9/483, párr. 56).

Referencias a documentos de la CNUDMI

Documentos oficiales de la asamblea general, quincuagésimo sexto período de sesiones, suplemento núm. 17 (a/56/17), párrs. 237, 270 a 273 y 284; a/cn.9/493, anexo, párrs. 152 a 160; 25ibíd., párr. 278. a/cn.9/484, párrs. 76 a 78; a/cn.9/wg.iv/wp.88, anexo, párrs. 147 a 155; a/cn.9/483, párrs. 25 a 58 (artículo 12); a/cn.9/wg.iv/wp.84, párrs. 61 a 68 (proyecto de artículo 13); a/cn.9/465, párrs. 21 a 35; a/cn.9/wg.iv/wp.82, párrs. 69 a 71; a/cn.9/454, párr. 173; a/cn.9/446, párrs. 196 a 207 (proyecto de artículo 19); a/cn.9/wg.iv/wp.73, párr. 75; a/cn.9/437, párrs. 74 a 89 (proyecto de artículo 1); y a/cn.9/wg.iv/wp.71, párrs. 73 a 75.

Para mayor información dirigirse a:
Secretaría de la CNUDMI apartado de correos 500 centro internacional de Viena a-1400 Viena, Austria teléfono: (+43 1) 26060-4060 telefax: (+43 1) 26060-5813 portada de internet: http://www.uncitral.org dirección electrónica: uncitral@uncitral.org

:: Principios sobre los contratos comerciales internacionales

Roma, 2001

Versiones publicadas por UNIDROIT

International institute for the unification of private law – principles of international commercial contracts, rome 1994 – isbn: 88-86449-00-3 institut international pour l'unification du droit privé – principes relatifs aux contrats du commerce international, rome 1994 – isbn: 88-86449-01-1 istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato – principi dei contratti commerciali internazionali – isbn: 88-86449-09-7 internationales institut für die vereinheitlichung des privatrechts – grundregeln der internationalen handelsverträge ("unidroit prinzipien") – ISBN: 88-86449-04-6

copyright UNIDROIT *1995*

Forma de citación sugerida: principios de UNIDROIT art. 1.6(2)

La traducción española ha sido realizada por el profesor A.M. Garro con la colaboración de juristas provenientes de diversos países de lengua española. Cabe mencionar en primer término la colaboración prestada por el profesor David Morán Bovio, catedrático de derecho mercantil en la facultad de CCEE y empresariales de la Universidad de Cádiz, y la profesora Hernany Veytia Palomino, catedrática de la facultad de derecho de la Universidad Panamericana de México. También destacar las sugerencias recibidas por

eminentes juristas latinoamericanos: doctores Julio Cueto Rúa, Juan M. Farina y Ana Isabel Piaggi (Argentina), Fernando Hinestrosa (Colombia), Carlos José Gutiérrez (Costa Rica), Helmut Brunner (Chile), José Cortina (Cuba), José Ignacio Zuloaga Gener (Ecuador), José María Abascal y José Luis Siqueiros (México), Carlos Cárdenas Quirós (Perú), Rubén Santos Belandro (Uruguay), y Gonzalo Parra Aranguren (Venezuela). El texto ha sido releído antes da su impresión por la doctoranda Luisa Barrameda (España). La primera edición ha sido generosamente financiada por el centro di studi e ricerche di diritto straniero e comparato de Roma.

Esta segunda impresión corregida por el profesor A.M. Garro con la asistencia de la Lic. Frédérique Mestre (oficial jurídico, UNIDROIT) ha incorporado muchas de las valiosas sugerencias del equipo de catedráticos españoles publicadas en el libro "comentarios a los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional" (Aranzadi, 1998), obra llevada a cabo con la coordinación del profesor David Morán Bovio, y también ha sido enriquecida con las observaciones de los profesoresHernany Veitya Palomino (México) y José Zuloaga Gener (Ecuador).

2da impresión corregida y editada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma ISBN: 88-86449-03-8

copyright UNIDROIT *1995*

Prólogo

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) se complace en anunciar el término de la elaboración de los principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Esta obra es el resultado de años de intensas investigaciones y debates por parte de prestigiosos juristas de los cinco continentes.

En primer lugar nuestro agradecimiento a los miembros del grupo de trabajo encargado de la preparación de los principios UNIDROIT, en particular a los redactores de los diferentes capítulos, ya que sin el empeño personal de cada uno de ellos y la hábil coordinación por Michael Joachim Bonell este proyecto ambicioso no habría concluido con éxito.

Debemos también agradecer la valiosa colaboración de numerosos abogados, magistrados, funcionarios y universitarios pertenecientes a culturas jurídicas y experiencias profesionales diferentes, que han participado en distintas fases de elaboración del proyecto y cuyas críticas constructivas han sido de gran utilidad.

En este momento de gran satisfacción para el Instituto no podemos no recordar a Mario Matteucci, que por tantos años ha ejercido las funciones de secretario general y después como presidente de UNIDROIT, su convicción que los principios contribuirían de manera esencial al proceso de unificación internacional del derecho ha constituido, para nosotros, una fuente de inspiración constante.

Malcolm Evans Riccardo Monaco
Secretario General Presidente

Introduccion

Las tentativas de unificación internacional del derecho han asumido hasta ahora la forma de instrumentos vinculantes, tales como convenciones internacionales, actos legislativos supranacionales o leyes modelos. Dado que estos instrumentos arriesgan a menudo de quedar sin aplicación y tienden a ser fragmentados, se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de unificación o armonización del derecho.

Algunas invocan el ulterior desarrollo de lo que se denomina "costumbres del comercio internacional", por ejemplo a través de las cláusulas y de los contratos modelos elaborados por los sujetos económicos interesados sobre la base de las prácticas comerciales actuales y que atañen a tipos de contratos en particular o aspectos específicos de ellos.

Otras van más allá, y propugnan la elaboración de un restatement internacional de los principios generales del derecho de los contratos. La iniciativa de UNIDROIT para la elaboración de los "principios sobre los contratos de comercio internacional" va en esta dirección.

La decisión del consejo de dirección de introducir este proyecto en el programa de trabajo del instituto se remonta a 1971. un reducido comité piloto, compuesto por los profesores René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu en representación, respectivamente, de los sistemas de tradición jurídico romanística, de common law, y de los países socialistas, fue encargado de realizar los estudios preliminares acerca de la posibilidad de tal proyecto.

Sin embargo, es en 1980 cuando se constituye un grupo de trabajo especial con la finalidad de redactar los diferentes proyectos de capítulos de los principios. El grupo, que comprendía a los representantes de todos los principales sistemas jurídicos del mundo, fue compuesto por expertos de primer orden en el dominio del derecho de los contratos y del derecho de comercio internacional. La mayor parte de ellos son profesores de universidad, algunos magistrados y funcionarios de alto rango que participaban todos en calidad personal.

El grupo nominó en su interno a los redactores para los diferentes capítulos de los principios, encargándoles de presentar los sucesivos proyectos así como los comentarios. Estos proyectos han sido después principios de

UNIDROIT discutidos por el grupo y enviados a un gran número de expertos, incluyendo a los numerosos corresponsales de unidroit en todo el mundo.

Además, el consejo de dirección ha dado su opinión sobre la política a seguir, especialmente en los supuestos en que el grupo había encontrado dificultad para lograr un acuerdo. Un comité de redacción ha sido encargado de la parte editorial del trabajo, asistido por la secretaría.

Los principios reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos, si no en todos. Por otra parte, dado que los principios están destinados a ofrecer un sistema de reglas especialmente concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales, ellos adoptan también soluciones que puedan considerarse adaptas para tales exigencias, si bien estas soluciones no sean todavía generalmente aceptadas.

El objetivo de los principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados. A la vez, este objetivo se refleja en su presentación formal y en la política general que los inspira.

En lo que concierne a su presentación formal, los principios de UNIDROIT tratan de evitar el uso de una terminología propia de un sistema jurídico determinado. El carácter internacional de los principios está igualmente subrayado por el hecho que los comentarios que acompañan cada disposición se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida. solamente cuando la regla ha sido tomada más o menos literalmente de la convención de las naciones unidas sobre los contratos de venta internacional de mercaderías (cisg), universalmente aceptada, viene mencionada la fuente.

Con respecto a las cuestiones de fondo, los principios de unidroit son suficientemente flexibles para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional. al mismo tiempo los principios tratan de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable.

naturalmente, en la medida donde los principios de UNIDROIT contemplan cuestiones reguladas también en la cisg, ellos siguen las soluciones adoptadas por esta última, con las adaptaciones que se han

Introducción

Considerado apropiadas en relación a la naturaleza y al ámbito de aplicación particulares de los mismos principios (*).

Con la presentación de los principios de unidroit a la comunidad jurídica y económica internacional, el consejo de dirección es plenamente consciente del hecho que los principios, no necesitando la aprobación de los gobiernos y representando un instrumento no vinculante, se aceptarán dependiendo de su poder de persuasión. Las aplicaciones de los principios de UNIDROIT son numerosas y diversas, las más importantes son ampliamente descritas en el preámbulo.

El consejo de dirección confía en que aquellos a los cuales los principios están destinados sabrán apreciar su valor intrínseco y sacarán el máximo de ventajas de su uso.

El consejo de direccion de UNIDROIT
Roma, mayo 1994
(*) véase en particular los artículos 1.8, 1.9, 2.2 en concordancia con los artículos 5.7 y 7.2.2.

El consejo de direccion de UNIDROIT

Ömer I. Akipek	Turquía
Antonio Boggiano	Argentina
Isabel de Magalhães Collaço	Portugal
Charles R.M. Dlamini	Sudafrica
E. Allan Farnsworth	Estados Unidos de América
Luigi Ferrari Bravo	Italia
Royston M. Goode	Eeino Unido
Yasuo Hamasaki	Japón
Arthur S. Hartkamp	Países Bajos
Tsvetana Kamenova	Bulgaria
Roland Loewe	Austria

Lyou Byung-Hwa	República de Corea
Ferenc Mádl	Hungría
Vicente Marotta Rangel	Brasil
Jörg Pirrung	Alemania
Jean-Pierre Plantard	Francia
Jacques Putzeys	Bélgica
Alan D. Rose	Australia
Jorge Sánchez Cordero Dávila	México
Biswanath B. Sen	India
Leif Sevón	Finlandia
Anne-Marie Trahan	Canadá
Ioannis Voulgaris	Grecia
Pierre Widmer	Suiza
Zhang Yuejiao	República Popular China

Miembros del grupo de trabajo

Michael Joachim Bonell. Profesor de Derecho, Universidad de Roma I "La Sapienza"; presidente del grupo de trabajo; redactor del capítulo 1 (incluido el preámbulo), capítulo 2 y capítulo 4

Patrick Brazil. Abogado en Canberra; secretario del Attorney-General's Department; antiguo miembro del consejo de dirección de UNIDROIT

Paul-André Crépeau. Director del Centre de Recherche en Droit Privé et Comparé du Québec; Profesor de Derecho, Université Mcgill, Montreal

Samuel K. Date-Bah. Profesor de Derecho, Universidad de Accra; asesor jurídico especial, secretario del Commonwealth, Londres

Adolfo Di Majo. Profesor de Derecho, Universidad de Roma I "La Sapienza"

Ulrich Drobnig. Director del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Hamburgo; redactor del capítulo 7, sección 2 y co-redactor del capítulo 3

E. Allan Farnsworth. Profesor de Derecho, Facultad de Derecho de la Columbia University, Nueva York; miembro del consejo de dirección de UNIDROIT; presidente del comité de redacción

Marcel Fontaine. Profesor de Derecho, Centre de Droit des Obligations, Universidad Católica de Lovaina, Louvain-la-neuve; redactor del capítulo 5 y del capítulo 6, sección 1 (con excepción de los artículos 6.1.14 al 6.1.17)
Michael P. Furmston. Profesor de Derecho, Universidad de Bristol; redactor del capítulo 7, sección 1 (con excepción de los artículos 7.1.4 y 7.1.6)
Alejandro Garro. Lector en la facultad de Derecho de la Columbia University, Nueva York; antes abogado en Buenos Aires

Principios de UNIDROIT

Arthur S. Hartkamp. Abogado-General en la Corte Suprema de los Países Bajos, La Haya; profesor de Derecho, Universidad de Utrecht; miembro del consejo de dirección de UNIDROIT
Hisakazu Hirose. Profesor de Derecho, Universidad de Tokio, Komaba
Huang Danhan. Profesor de Derecho, University of International Business and Economics; Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade de la República Popular China, Pekín
Alexander S. Komarov. Presidente de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Jefe de la división de Asuntos Jurídicos, All-Russian Academy of Foreign Trade, Moscú
Ole Lando. Profesor de Derecho, Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and Business Administration; redactor del capítulo 7, sección 3, coredactor del capítulo 3
Dietrich Maskow. Abogado en Berlín; antiguo director del Institut für Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung der ddr; redactor de los artículos 6.1.14 al 6.1.17 y del capítulo 6, sección 2
Denis Tallon. Profesor de Derecho; antiguo director del Institut de Droit Comparé de Paris, Université de Droit, D'économie et de Sciences Sociales (Paris 2); redactor del artículo 7.1.6 y del capítulo 7, sección 4
Secretaria del grupo de trabajo: Lena Peters de la Secretaría de UNIDROIT
Formaron igualmente parte del grupo de trabajo en su origen C. Massimo Bianca (Universidad de Roma I "La Sapienza"); Jerzy Rajski (Universidad de

Varsovia; co-redactor del anteproyecto de los capítulos 5 y 6); Tony Wade (The Asser Institute, La Haya); Wang Zhenpu (director-adjunto del Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade de la República Popular China).

Principios de UNIDROIT

Otros participantes en el proyecto

Han participado igualmente: José m. Abascal Zamora (Universidad Panamericana de Ciudad de México); Enrique Aimone Gibson (Universidad Católica de Valparaíso); Joseph 'Bayo Jala (Antiguo solicitor-general de la Federación de Nigeria y director general del Ministerio Federal de Justicia); Bernard Audit (Universidad de París II Panthéon-Assa); Luiz O. Baptista (Presidente del Ilustre Colegio de Abogados de São Paolo); Jorge Barrera Graf (Universidad Nacional Autónoma de México); Henry t. Bennett (Antiguo secretario adjunto del Attorney-General's Department, Canberra); Eric E. Bergsten (Pace University; antiguo secretario de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho comercial internacional); Georges Berlioz (abogado en París); Piero Bernardini (abogado en Roma; antiguo Jefe del Servicio Jurídico del Ente Nacional de Hidrocarburos (ENI); Richard Buxbaum (Universidad de California, Berkeley); Franz Bydlinski (Universidad de Viena); Amelia Boss (Temple University); Andrzej Calus (School of Economics, Varsovia); John W. Carter (Universidad de Sidney); James Richard Crawford (Universidad de Cambridge); Ronald C.C. Cuming (Universidad de Saskatchewan); Giorgio de Nova (Universidad de Milán); Louis del Duca (Dickinson School of Law); Arturo Díaz Bravo (abogado en Ciudad de México); Aubrey L. Diamond (Universidad de Londres); Alfred Duchek (Generalanwalt al Ministerio Federal de Justicia de Austria); Fritz Enderlein (abogado en Berlín; antiguo director del Institut Für Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung en Postdam-Babelsberg); John Goldring (Universidad de Wollongong); James Gordley (Universidad de California, Berkeley); Anita Hill (Universidad de Oklahoma); Fernando Hinestrosa (Universidad Externado de Colombia);

Kurt Grönfors (Universidad de Gotemburgo); Lars Hjerner (Universidad de Estocolmo); Richard Hyland (Universidad de Rutgers, Camden), redactor del artículo 7.1.4; Rafael Illescas Ortiz (Universidad Carlos III, Madrid); Philippe Kahn (director del Centre de Recherche Sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Dijon); Koh Kheng-lian (Universidad de Singapur); Lodvik Kopac (abogado en Praga; antiguo director adjunto en el Ministerio Federal de Comercio Exterior de Checoslovaquia); Ernest Krings (abogado-gegenal en la corte de Casación de Bélgica); Pierre Lalive (Universidad de Ginebra); Hans Leser (Universidad de Marbourg); Bernardino Libonati (Universidad de Roma I "La Principios de UNIDROIT Sapienza"); Giovanni Longo (Secretario General de la Corte de Casación Italiana); Kéba Mbaye (antiguo vice-presidente de la Corte Internacional de Justicia); Luis Moisset de Espanés (Universidad de Córdova); José C. Moreira Alves (antiguo presidente de la Corte de Casación del Brasil); Barry Nicholas (Universidad de Oxford); Tinuade Oyekunle (abogado en Lagos; antiguo director de la Oficina de Derecho Internacional y comparado del Ministerio Federal de Justicia de Nigeria); Grace Orleans (acting solicitor-general, Ghana); Alfred E. Von Overbeck (Universidad de Friburgo); Luiz G. Paes de Barros Leães (Universidad de São Paolo); Gonzalo Parra Aranguren (Universidad de Caracas); Michel Pelichet (Secretario General adjunto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado); Pietro Perlingieri (Universidad de Nápoles); Allan Philip (presidente del Comité Marítimo Internacional); László Réczei (profesor de derecho, Universidad de Budapest; antiguo embajador); Pietro Rescigno (Universidad de Roma I "La Sapienza"); Julio C. Rivera (Universidad de Buenos Aires); Walter Rolland (Universidad de Halle; antiguo Ministerialdirektor en el Ministerio Federal de Justicia Alemán); Eero Routamo (Universidad de Helsinki); Arthur Rosett (Universidad de California, Los Angeles); Rodolfo Sacco (Universidad de Turín); Claude Samson (Universidad de Laval); Benito Sansó (Universidad de Caracas); David Sassoon (abogado en Tel Aviv); Jean-Georges Sauveplanne (Universidad de Utrecht); Sandro Schipani (Universidad de Roma II "Tor Vergata"); Peter Schlechtriem (Universidad de Friburgo); Kurt Siehr (Universidad de Zurich); Nagendra Singh (antiguo

presidente de la Corte Internacional de Justicia); José Luis Siqueiros (profesor de derecho, abogado en Ciudad de México); T. Bradbrooke Smith (assistant deputy attorney general, Department of Justice, Ottawa); Sir Thomas Smith (Universidad de Edimburgo); Kazuaki Sono (Universidad Hokkaido de Sapporo; antiguo secretario de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; antiguo asesor jurídico del Banco Mundial); Giuseppe Sperduti (Universidad de Roma I "La Sapienza"); Sompong Sucharitkul (antiguo embajador y miembro de la Comisión para el Derecho Internacional); Guido Tedeschi (Hebrew University, Jerusalem); Evelio Verdera y Tuells (Universidad Complutense de Madrid); Hernany Veytia Palomino (Universidad Panamericana de Ciudad de México); Jelena Vilius (Universidad de Belgrado); Michael Will (Universidad de Ginebra); Peter Winship (Southern Methodist University, Dallas).

Preámbulo

Propósito de los principios

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.
Estos principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato.
Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
Estos principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

Comentario

Los principios establecen reglas generales que han sido fundamentalmente concebidas para "los contratos mercantiles internacionales".

Internacionalidad del contrato

El carácter "internacional" de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca "vínculos estrechos con más de un

Principios de UNIDROIT

Estado, "implique una elección entre leyes de diversos estados" o "afecte los intereses del comercio internacional".

Los principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de "internacionalidad" de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación).

Mercantilidad del contrato

La restricción del ámbito de aplicación de los principios a los contratos "mercantiles" no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter "civil" y "mercantil" de las partes y/o de los negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los principios al carácter formal de comerciantes (commerçants, kaufleute) que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. el propósito es excluir del ámbito de los principios las llamadas "operaciones de consumo". En algunos ordenamientos jurídicos estas operaciones de consumo son regu-

ladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal a la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión.

Los criterios adoptados tanto a nivel nacional como internacional también varían con respecto a la distinción entre contratos de consumo y los que no lo son. Los principios tampoco brindan una definición expresa de este tipo de contratos, pero se da por sentado que el concepto de contratos "mercantiles" debe ser entendido en su sentido más amplio. se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc.

Los principios y los contratos entre particulares a nivel nacional

A pesar de que los principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.

Preámbulo

Consideración de los principios como conjunto de reglas aplicables al contrato

Elección expresa de las partes

Los principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional. existen razones de peso para que las partes decidan expresamente adoptar los principios como derecho aplicable al contrato, en lugar de una ley nacional determinada.

Cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los principios con un acuerdo de arbitraje.

La conveniencia de esta combinación radica en que la libertad para escoger la ley aplicable al contrato suele estar limitada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, la selección de los principios sería normalmente considerada como un simple acuerdo destinado a incorporarlos al contrato, mientras que el derecho aplicable al mismo tendría que determinarse en base a las reglas de derecho internacional privado del foro. Los principios serían obligatorios entonces para las partes sólo en la medida en que no afectaran las disposiciones del derecho aplicable que las partes no pueden derogar.

La situación podría ser diferente si las partes acuerdan someter al arbitraje las controversias surgidas del contrato. Los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico en particular. esto es obvio en los casos en que sean autorizados por las partes a decidir como amigables componedores (ex aequo et bono). Aún en ausencia de este supuesto, existe una tendencia creciente a permitir a las partes elegir normas o "reglas de derecho" (diferentes al derecho nacional en la que los árbitros deben fundamentar sus decisiones. v. en particular el art. 28(1) del 1985, ley modelo sobre arbitraje comercial internacional adoptada por la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional ("cnudmi"); art. 42(1) del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (convención de washington de 1965 o "icsid").

De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los principios como el derecho aplicable conforme al cual los árbitros deben resolver las controversias. Así, los principios se aplicarán con exclusión a cualquier otra legislación nacional, con excepción de las normas nacionales de carácter imperativo que sean aplicables al contrato (v. art. 1.4).

Principios de UNIDROIT

En la resolución de controversias contempladas en la convención icsid, los principios podrán aplicarse incluso con exclusión de todo derecho nacional.

Los principios aplicados como "lex mercatoria"

Algunas veces, las partes que negocian un contrato mercantil internacional no logran ponerse de acuerdo respecto del derecho aplicable a su contrato, limitándose a estipular que el contrato quedará sujeto a los "principios generales del derecho", los "usos y costumbres del comercio internacional", o la "lex mercatoria", etc.

El concepto de lex mercatoria ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman. Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los principios.

Aplicación de los principios en lugar del derecho nacional

Los principios pueden llegar a ser útiles en el supuesto en que el contrato se encuentre sujeto a un derecho nacional y resulte extremadamente difícil, si no imposible, establecer cuál es la regla de derecho aplicable al problema específico. En este supuesto se podría recurrir a los principios para resolver la cuestión. La dificultad para identificar la regla de derecho interno aplicable podría obedecer a las características especiales de las fuentes jurídicas y/o al costo que implica acceder a ellas.

Recurrir a los principios en sustitución del derecho nacional aplicable al caso debe ser un último recurso. En este supuesto, la aplicación de los principios se justificaría no sólo ante la imposibilidad absoluta de identificar la norma de derecho aplicable, sino también el costo o esfuerzo desproporcionado que implica su investigación. La práctica usual de los tribunales ante estas situaciones es aplicar la lex fori, pero recurrir a los principios tendría la ventaja de evitar la aplicación de una ley que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra.

6. los principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes

Toda ley, ya sea de origen nacional o internacional, plantea interrogantes respecto al significado preciso de sus artículos.

Preámbulo

Dicha ley resultará imposible prever todos los problemas que puedan surgir en su aplicación. Al aplicar normas de derecho interno, el intérprete puede apoyarse en criterios y principios establecidos a fin de precisar su significado y ámbito. La situación se complica cuando se trata de instrumentos internacionales que, aunque formalmente incorporados al derecho interno, han sido preparados y consensuados a nivel internacional.

Conforme a una perspectiva tradicional, también en esos casos suele recurrirse a los principios y criterios establecidos en la legislación interna, ya sea en base a la ley del foro o la que, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, resulte aplicable en ausencia de una ley uniforme.

Hoy en día, los jueces y tribunales arbitrales tienden cada vez más a abandonar dichos métodos nacionales o "jusprivatistas". Se percibe una tendencia hacia una interpretación e integración de textos internacionales en base a principios uniformes, autónomos e internacionales. este es el enfoque que ha sido expresamente aprobado en las convenciones más recientes (v. gr., art. 7) de la convención de naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 ("cisg"). Este criterio se basa en una presunción de que el derecho uniforme, aun después de su incorporación al derecho interno de un país determinado, sólo se integra formalmente a dicho ordenamiento jurídico interno. Desde un punto de vista sustantivo, un texto de derecho uniforme no pierde su naturaleza de cuerpo legislativo autónomo, elaborado a nivel internacional y que aspira a ser aplicado de manera uniforme en todo el mundo.

Hasta ahora, pertenecía en cada caso a los jueces y árbitros buscar tales principios y criterios autónomos para interpretar e integrar los instrumentos internacionales sobre la base de un estudio comparado de las soluciones adoptadas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, los principios podrían facilitar considerablemente esta tarea.

Los principios como modelo inspirador para legisladores nacionales e internacionales

En virtud de sus características propias, los principios pueden además servir como modelo a legisladores nacionales e internacionales para la redacción de

leyes en materia de contratos en general u operaciones específicas. A nivel nacional, los principios pueden ser de utilidad especialmente para aquellos países que no cuentan con un cuerpo legislativo avanzado en materia contractual y tienen el propósito de modernizar su legislación, o al menos ajustarla a los niveles

Principios de UNIDROIT

Internacionales en lo que se refiere a relaciones jurídicas surgidas del comercio exterior. Una situación similar se presenta en aquellos países con un ordenamiento jurídico bien definido, pero que se encuentran ante la necesidad urgente de reformar su legislación, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos económicos y negocial, debido a cambios drásticos y recientes en su estructura político-social.

A nivel internacional, los principios podrían convertirse en un punto de referencia para la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo.

Hasta el momento, la terminología empleada para referirse al mismo concepto difiere significativamente de un instrumento al otro, situación que presenta un riesgo evidente de desentendimiento e interpretación errónea. Este tipo de incongruencia podría evitarse si la terminología de los principios fuera adoptada como glosario uniforme internacional.

Capítulo 1

Disposiciones generales

Artículo 1.1
(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Comentario

1. Libertad de contratación como principio fundamental del comercio internacional

El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad.
2. Sectores económicos donde no existe competencia como es de suponer, existen algunas excepciones al principio enunciado en este artículo en cuanto atañe a la libertad para celebrar contratos con cualquier persona, razones de interés público pueden llevar a un estado a excluir la libre competencia en ciertos sectores económicos. En estos casos, los bienes o servicios de que se trate sólo pueden adquirirse de un proveedor, generalmente una entidad pública, que puede o no estar obligada a celebrar un contrato con quien se lo solicite y dentro de ciertos límites de disponibilidad de bienes o servicios.
3. Limitación a la autonomía de la voluntad por las normas de orden público en lo que respecta a la libertad para determinar el contenido del contrato, en primer lugar los mismos principios incluyen disposiciones que las partes no pueden derogar. v. art. 1.5. Además, existen normas de naturaleza pública y privada de carácter imperativo que prevalecen sobre las reglas que sientan los principios (v.gr. ley antimonopolios; normas sobre el control de cambios o precios; leyes que imponen regímenes especiales de responsabilidad y prohiben cláusulas manifiestamente injustas en los contratos). v. art. 1.4.

Artículo 1.2
(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. el contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Comentario

1. los contratos no están sujetos en principio a ninguna formalidad

Este artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. aunque el artículo mencione únicamente el requisito de la forma escrita, este principio puede extenderse a

cualquier otro requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes. Este principio, que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos, cobra especial relieve en el contexto de las relaciones del comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez y prescindiendo de plasmación documental.
La primera frase del artículo tiene en consideración el hecho de que en algunos ordenamientos jurídicos el cumplimiento de determinados requisitos de forma afectan a la validez del contrato, mientras que otros únicamente son considerados como elementos de prueba. La segunda frase de este artículo tiene el propósito de precisar que el principio de libertad de forma incluye la admisibilidad de la prueba oral en el proceso judicial.

2. Posibles excepciones en virtud del derecho aplicable

El principio de libertad de forma puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del derecho aplicable. v. art. 1.4. tanto el derecho nacional como los tratados internacionales pueden imponer
Requisitos especiales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas (v.gr. acuerdo de someter al arbitraje; cláusulas de elección de foro).

3. Requisitos de forma acordados por las partes

No obstante, las partes pueden acordar la necesidad de observar una forma específica para celebrar, modificar o extinguir el contrato. en este contexto, v. arts. 2.13, 2.17 y 2.18.

Artículo 1.3
(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.

Comentario

1. El principio "pacta sunt servanda"

Este artículo establece otro principio fundamental del derecho contractual, el de "pacta sunt servanda".

El carácter obligatorio del contrato obviamente presupone que el contrato ha sido celebrado y que no se encuentra afectado por ninguna causa de invalidez. Las normas que regulan la perfección del contrato se establecen en el capítulo 2 de los principios, mientras que las causas de invalidez se tratan en el capítulo 3. requisitos adicionales para la celebración válida de un contrato pueden encontrarse en las normas de carácter imperativo del derecho interno o internacional aplicable.

2. Excepciones

Un corolario al principio de pacta sunt servanda es que un contrato puede modificarse o extinguirse siempre que las partes así lo acuerden. La modificación o extinción, a menos que haya sido convenida por las partes, constituye una excepción, que sólo puede ser admitida de conformidad con las cláusulas del contrato o las disposiciones de estos principios. véanse los arts. 3.10(2), 3.10(3), 3.13, 5.8, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.7, 7.3.1 y 7.3.3.

3. Efectos frente a terceros que no son partes en el contrato

La regla general es que el contrato produce efectos sólo entre las partes contratantes. Sin embargo, en algunos supuestos el contrato también puede afectar a terceros. Así, el vendedor puede estar obligado, en virtud del derecho nacional, a velar no sólo por la integridad física del comprador y por sus bienes, sino también por la de terceros acompañantes que se encuentren dentro del establecimiento del vendedor. Igualmente, el consignatario o destinatario de las mercaderías puede tener el derecho de demandar al porteador por incumplimiento de sus obligaciones contractuales establecidas en el contrato de transporte celebrado con el cargador. Al establecer la fuerza obligatoria del contrato para las partes, este artículo no prejuzga los efectos que el contrato pueda tener frente a terceros bajo el derecho aplicable.
Asimismo, los principios no se ocupan de los efectos que puedan tener la anulación y resolución del contrato sobre los derechos de terceros.

Artículo 1.4
(normas de carácter imperativo)

Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Comentario

1. Primacía de las normas de carácter imperativo

Dada la naturaleza peculiar de los principios, estos no tienen el propósito de prevalecer sobre normas imperativas aplicables, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional. En otras palabras, los principios no pretenden evadir las disposiciones de orden público, independientemente de que hayan sido promulgadas por los estados de manera autónoma, o hayan sido adoptadas a los efectos de introducir convenciones internacionales en el derecho interno, o emanen de organismos supranacionales.

2. Normas imperativas aplicables en el supuesto de que los principios hayan sido incorporados en el contrato

En los casos en que las partes incorporen los principios expresamente, su aplicación se encontrará limitada, en primer lugar, por las normas imperativas del derecho aplicable al contrato. Esto significa que los principios obligarán a las partes sólo en la medida en que no afecten las normas del derecho aplicable que las partes no pueden excluir. Además, las normas imperativas del foro, y posiblemente las de un tercer estado, igualmente prevalecerán en los supuestos que sean aplicables, independientemente de la ley que regule el contrato. En el caso de normas imperativas de un tercer estado, éstas podrían aplicarse cuando exista una relación estrecha entre estos estados y el contrato en cuestión.

3. Normas imperativas aplicables cuando los principios son la ley que regula el contrato

Aun en el caso de que la controversia se someta a la decisión de un tribunal arbitral, y los principios constituyan la ley que regule el contrato, éstos no pueden prejuzgar la aplicabilidad de normas imperativas cuya aplicación sea reclamada independientemente del derecho aplicable al contrato (lois d'application nécessaire). Ejemplos de normas que no pueden ser excluidas mediante la simple elección de otro derecho pueden encontrarse en las regulaciones sobre el cambio de divisas (v. art. viii (2)(b) del acuerdo del fondo monetario internacional (acuerdo de bretton woods), licencias de importación y exportación (v. art. 6.1.14 – 6.1.17 de estos principios sobre solicitud de autorizaciones públicas), regulaciones relativas a prácticas restrictivas del comercio o la competencia, etc.).

4. Normas de derecho internacional privado aplicables a cada caso

Los tribunales judiciales y arbitrales difieren significativamente respecto de la manera de determinar las normas imperativas aplicables a los contratos mercantiles internacionales. De ahí que este artículo se abstenga deliberadamente de considerar las numerosas cuestiones de fondo que puedan surgir, tales como si deben aplicarse las normas imperativas del foro y de la lex contractus, así como las que emanan de un tercer estado, y, en caso afirmativo, en qué medida y en base a qué criterios. Estos puntos deberán resolverse en base a las reglas de derecho internacional privado que sean aplicables en cada caso concreto (véase, por ejemplo, el art. 7 de la convención de roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980).

Artículo 1.5
(Exclusión o modificación de los principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

Comentario

1. Naturaleza dispositiva de los principios

Las reglas que sientan los principios no tienen, en términos generales, carácter imperativo. En cada caso concreto, las partes pueden simplemente excluir la aplicación de los principios en todo o en parte, o bien modificar su contenido para adaptarlos a las necesidades específicas del negocio jurídico en cuestión.

2. La exclusión o modificación de los principios puede ser expresa o tácita

La exclusión o modificación de los principios por las partes contratantes puede ser expresa o tácita. Existe una exclusión o modificación tácita cuando las partes convengan expresamente cláusulas que son incompatibles con las disposiciones de los principios. Es irrelevante en este contexto si dichas cláusulas han sido negociadas individualmente o forman parte de cláusulas estándar incorporadas en el contrato.

Si las partes expresamente acuerdan aplicar sólo alguno de los capítulos de los principios, se presume que tales capítulos se aplicarán junto a las disposiciones generales del capítulo 1 (v.gr. "para todo lo relativo al cumplimiento e incumplimiento del presente contrato se aplicarán los principios de unidroit").

3. Disposiciones imperativas de los principios

Algunas disposiciones de los principios son de carácter imperativo, es decir, su importancia es tal que las partes no pueden excluirlas o derogarlas a su arbitrio. Es verdad que, dada la naturaleza especial de los principios, la falta de observación de este precepto puede carecer de consecuencias. Por otra parte, cabe destacar que estas disposiciones reflejan criterios de comportamiento común y reglas que también son de carácter imperativo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos.

Las disposiciones de carácter imperativo de los principios suelen señalarse como tales. Este es el caso del art. 1.7 sobre la buena fe y la lealtad negocial y las disposiciones del capítulo 3 sobre validez del contrato, excepto en lo relativo al error y a la imposibilidad inicial (v. art. 3.19), a la determinación del precio (art. 5.7(2)) y al pago convenido por el incumplimiento (art. 7.4.13(2)). excepcionalmente, el carácter imperativo de una disposición puede surgir en forma implícita, conforme al contenido y finalidad de la norma (v. art. 7.1.6).

Artículo 1.6
(Interpretación e integración de los principios)

(1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Comentario

1. Interpretación de los principios frente a la interpretación del contrato

Como todo texto de naturaleza jurídica o contractual, el texto de los principios puede presentar dudas en cuanto al significado preciso de su contenido. Sin

embargo, cabe distinguir entre la interpretación de los principios y la del contrato al cual los principios son aplicables. Aun cuando los principios sólo obligan a las partes, en el sentido de que su aplicación dependerá de su incorporación al contrato, constituyen un conjunto de normas autónomas que han sido elaboradas con miras a su aplicación uniforme a un número indefinido de contratos de diferentes tipos y celebrados en diversas partes del mundo. Por tanto, los principios deben ser interpretados de diferente forma que las cláusulas de cada contrato. Las reglas para la interpretación del contrato han sido incorporadas en el capítulo 4, mientras que este artículo se refiere a la manera en que han de interpretarse los principios.

2. Necesidad de tener en cuenta su carácter internacional

El primer criterio establecido en este artículo para interpretar los principios es la necesidad de tener cuenta su "carácter internacional". Esto significa que sus disposiciones y conceptos deben ser interpretados de manera autónoma, en el contexto de los mismos principios, y no conforme al significado que tradicionalmente se les podría asignar bajo el ordenamiento jurídico de un país determinado.

Esta aproximación hermenéutica es necesaria si se tiene en cuenta que los principios son el resultado de serios estudios de derecho comparado realizados por juristas de las más variadas formaciones culturales y jurídicas. Al elaborar cada una de las disposiciones de los principios, estos juristas han debido encontrar un lenguaje jurídico suficientemente neutral como para poder alcanzar un entendimiento común. Aun en los casos excepcionales en que ha debido recurrirse a términos o conceptos originados en un orden jurídico determinado, nunca se pretendió emplearlos en el sentido tradicionalmente aceptado en dicho ordenamiento.

3. Finalidad de los principios

Al establecerse que para interpretar los principios se tendrá en cuenta su finalidad, este artículo deja claro que no debe atenderse al sentido estricto y literal de las palabras, sino a su significado a la luz de los propósitos que inspiran cada disposición y los principios en su conjunto. La finalidad de cada disposición puede desentrañarse acudiendo tanto al sentido de su texto como a los comentarios que los acompañan. en cuanto a la finalidad de los principios en su conjunto, y en la medida en que su propósito fundamental es el de brindar un marco uniforme a los contratos mercantiles internacionales, este artículo se

refiere expresamente a la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, esto es, asegurar que en la práctica y en la medida de lo posible, sean interpretados y aplicados de la misma forma en diferentes países. En cuanto a los otros propósitos, véase lo ya mencionado en la introducción. más adelante, véase lo dispuesto en el art. 1.7, el cual, aunque dirigido a las partes del contrato, también puede interpretarse como un reflejo de la finalidad que inspira a estos principios, tal como el de promover la vigencia del principio de buena fe y la lealtad negocial en las relaciones contractuales.

4. Integración de los principios

Ciertas cuestiones que podrían incluirse dentro del campo de aplicación de los principios no se encuentran mencionadas expresamente. Con el fin de determinar si una cuestión se encuentra o no dentro del ámbito de los principios, se debe atender, en primer lugar, a lo expresamente señalado en el texto del artículo o en su comentario. (v. v.gr. art. 3.1; el comentario 3 al art. 1.3 y el comentario 4 del art. 1.4). Una guía adicional y útil al respecto se encuentra en el índice por materia de estos principios.

La necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de los principios implica que cuando surja una laguna, debe buscarse la solución, siempre que esto sea posible, dentro del conjunto de normas de los principios, antes que recurrir a la legislación nacional.

El primer paso es intentar resolver el problema recurriendo a la aplicación por analogía de otra disposición específica. Así, el art. 6.1.6 que trata del lugar del cumplimiento de un contrato también es aplicable a la restitución de lo debido bajo ese contrato. de la misma forma, las reglas establecidas en el art. 6.1.9 que trata de la moneda de pago de una obligación dineraria, en el supuesto en que dicha obligación sea expresada en moneda diferente a la del lugar del pago, también podrá aplicarse cuando la obligación dineraria se exprese en "unidades de cuenta", como "sdr" (special drawing right) o "ecu" (european currency unit). Si el problema no quedara resuelto acudiendo a una disposición aplicable a casos análogos, se deberá recurrir a las "ideas que inspiran a los principios", esto es, aquellos principios generales potencialmente aplicables a varios supuestos de hecho. Algunas de estas ideas y principios fundamentales se mencionan expresamente en los principios (v. v.gr. arts. 1.1, 1.3, 1.5 y 1.7). otros principios fundamentales se desprenden de disposiciones concretas. las reglas específicas expresadas en dichas disposiciones deben ser analizadas con el propósito de verificar si reflejan un principio general de amplia

aplicación, y por lo tanto apto para ser aplicado también a supuestos diferentes de los que específicamente se regulan en dicha disposición.
Por supuesto, las partes siempre tienen libertad para someterse a un derecho nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los principios. una estipulación en este sentido podría expresar: "este contrato se rige por los principios de unidroit y serán completados por la ley del país x", o bien "este contrato será interpretado y ejecutado de acuerdo con los principios de UNIDROIT en todo aquello que no se encuentre reglado por los principios se aplicará la ley del país x".

Artículo 1.7
(Buena fe y lealtad negocial)

(1) las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
(2) las partes no pueden excluir ni limitar este deber.
comentario

1. "Buena fe y lealtad negocial" como idea fundamental que inspira a los principios

Existen muchas disposiciones que a lo largo de los diferentes capítulos de los principios hacen referencia, directa o indirectamente, a la aplicación del principio de buena fe y lealtad en los negocios. Véase, por ejemplo, los arts. 2.3(2)(b), 2.15, 2.16, 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.10, 4.1(2), 4.2(2). 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1), 6.2.3(3)(4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8 y 7.4.13. Esto refleja que la buena fe y la lealtad negocial es considerada como una de las ideas fundamentales en las que se basan los principios. Al establecer en términos generales que cada parte debe conducirse de buena fe y con lealtad negocial, el parágrafo (1) de este artículo deja claro que, aun en ausencia de una disposición específica en los principios, las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación.

Ejemplos

"a" le otorga a "b" un plazo de cuarenta y ocho horas para aceptar su oferta. "b" decide aceptarla poco antes de vencer el plazo, pero no puede comunicar-

le la aceptación a "a": ese fin de semana, el fax de "a" se encuentra desconectado y no existe una grabadora telefónica para dejar el mensaje. El lunes siguiente, "a" rechaza la aceptación de "b". en este supuesto, "a" ha actuado en contra del principio de buena fe, porque al fijar el tiempo de aceptación debió asegurarse de que estaba en condiciones de recibir efectivamente la aceptación de b dentro del plazo de cuarenta y ocho horas.

En un contrato en el que "a" se obliga a abastecer e instalar en favor de "b" una línea especial de producción, se incorpora una cláusula según la cual "a", el vendedor, también se obliga a comunicar a "b", el comprador, de cualquier mejora realizada por "a" en la tecnología de dicha línea de producción. un año más tarde, "b" se entera de que se han realizado importantes mejoras tecnológicas de las que no ha sido informado. "a" no se encuentra exento de su obligación de informar por el hecho de que la producción de ese tipo de línea en particular ya no se encuentre a su cargo, alegando que dicha responsabilidad le cabe actualmente a "c", una empresa filial y totalmente controlada por "a". sería contrario a la buena fe que "a" pudiera alegar la separación y autonomía de "c", una sociedad constituida con el propósito específico de absorber dicha producción a fin de evitar la responsabilidad contractual de "a" con respecto a "b".

"a" es un agente comercial que actúa en representación de "b" en la promoción de la venta de mercaderías de "b" en un determinado territorio. en virtud del contrato, el derecho de "a" a cobrar su comisión ha sido condicionado a la aprobación por "b" de cada uno de los contratos gestionados por "a". A pesar de que "b" tiene la libertad de decidir si aprueba o no los contratos gestionados por "a", actuaría en contra del principio de buena fe si rehusara aprobar, de manera sistemática e injustificada, todo contrato gestionado por "a".

conforme a un contrato de apertura de crédito celebrado entre el banco "a" y su cliente "b", en forma súbita e inexplicable "a" demanda el pago inmediato de los préstamos otorgados y rehusa otorgar más créditos a "b", cuyos negocios sufren graves pérdidas como consecuencia de la conducta de "a". A pesar de que el contrato incluye una clásula que permite a "a" reclamar el pago total "a su discreción", proceder a dicha solicitud de pago, sin previo aviso e injustificadamente, sería en contra del principio de buena fe.

2. Buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional

El deber de "conducirse de buena fe y con lealtad negocial en el comercio internacional" tiene el propósito de precisar, en primer lugar, que en el contexto de los principios, estos dos conceptos no se aplican de acuerdo con los

parámetros ordinarios adoptados por cada uno de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. dichos parámetros adoptados en virtud del derecho interno de cada país serán tomados en consideración única y exclusivamente cuando se demuestre que han sido generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos. Otra consecuencia de la fórmula utilizada es que la buena fe y la lealtad negocial debe ser interpretada a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional. Los modelos de prácticas comerciales, en realidad, pueden variar sustancialmente entre las diferentes ramas del comercio, e incluso dentro de una misma rama dichas prácticas pueden ser observadas con diferente regularidad e intensidad, dependiendo del contexto social y económico dentro del cual opera una determinada empresa, o bien conforme a su tamaño, desarrollo tecnológico, etc. cabe destacar que en algunas oportunidades el texto y comentarios de los principios hacen referencia solamente a la "buena fe", mientras que en otras oportunidades se refiere a la "buena fe y lealtad negocial". debe entenderse que el concepto de "buena fe" siempre incluye al concepto de "buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional" al que se refiere este artículo.

Ejemplos

En virtud de un contrato de compraventa de un equipo de alta tecnología, el comprador pierde el derecho a reclamar por cualquier defecto de los productos a menos que se lo comunique al vendedor, especificando la naturaleza de los defectos y sin demora injustificada a partir del momento en que descubrió o debió haber descubierto el defecto. "a", un comprador radicado en un país donde dicho equipo es utilizado regularmente, descubre un defecto en el equipo en el momento de ponerlo en funcionamiento. Sin embargo, al comunicar el problema a "b", el vendedor del equipo "a" proporciona una información equívoca o errónea acerca de la naturaleza del defecto. "a" pierde su derecho a reclamar en razón de dicho defecto, puesto que su examen cuidadoso le hubiera permitido proporcionar a "b" las especificaciones del caso.

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 5, con la diferencia de que "a" se encuentra radicado en un país donde ese tipo de equipo es prácticamente desconocido. en este supuesto, "a" no pierde su derecho de reclamar a "b" en razón del defecto del equipo, porque resulta razonable que "a", que carece de los conocimientos técnicos necesarios, no pueda identificar con precisión la naturaleza del defecto.

3. Carácter imperativo del principio de buena fe y lealtad negocial

El deber de las partes de conducirse de acuerdo a la buena fe y con lealtad negocial es de importancia fundamental; tanto es así que las partes no pueden excluirlo o limitarlo parágrafo (2). En cuanto a las aplicaciones concretas de la prohibición generalizada de limitar o excluir el principio de buena fe y lealtad negocial, véanse los arts. 3.19, 7.1.6 y 7.4.13.

Por otra parte, nada impide a las partes establecer en su contrato parámetros de comportamiento más rígidos.

Artículo 1.8
(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Comentario

1. Las prácticas y los usos comerciales en el contexto de los principios

Este artículo establece el principio de acuerdo al cual las partes quedan en general obligadas por las prácticas y los usos comerciales que cumplen con los requisitos establecidos en este artículo, más aun, estos mismos requisitos deben ser cumplimentados por las prácticas y los usos para que ellos sean aplicables a los supuestos y propósitos indicados expresamente en los principios. véase, por ejemplo, los arts. 2.6(3), 4.3, y 5.2.

2. Prácticas establecidas entre las partes

Las prácticas establecidas entre las partes vinculadas por un contrato en particular son automáticamente obligatorias, a menos que las partes hayan excluido expresamente su aplicación. La cuestión de saber cuándo una práctica comercial ha sido en efecto "establecida" entre ellas dependerá, naturalmente, de las circunstancias del caso. sin embargo, el comportamiento fun-

dado en una sola operación previa no podría ser considerada, normalmente, suficiente.

Ejemplo:

1. "a", un proveedor de mercaderías, ha aceptado repetidamente reclamaciones de "b", un cliente, por defectos en la cantidad o cualidad de las mercaderías, realizadas hasta dos semanas después de su entrega. En una ocasión en que "b" comunicara los defectos una quincena después de dicha entrega, "a" no podría objetar que fuera realizada demasiado tarde, porque la práctica de comunicar los defectos dentro de las "dos semanas" se había convertido en una práctica establecida entre las partes, por la cual "a" se encuentra obligado.

3. Usos acordados

Dado que las partes están obligadas por los usos cuya aplicación hayan convenido entre ellas, el parágrafo (1) de este artículo simplemente aplica el principio general de la libertad contractual contemplado en el art. 1.1. además, las partes pueden negociar todas las cláusulas de su contrato, o para ciertas materias simplemente hacer referencia a otras fuentes que incluyan los usos comerciales, las partes pueden estipular la aplicación de cualquier uso, incluyendo un uso desarrollado dentro de cierta rama del comercio al cual no pertenece ninguna de las partes, o a usos relativos a diferentes tipos de contratos. También es concebible que las partes acuerden la aplicación de lo que inadecuadamente suele denominarse como usos, esto es, un conjunto de reglas publicadas por una asociación comercial bajo el título de "usos", que reflejan sólo parcialmente las líneas de conducta generalmente establecidas.

4. Otros usos aplicables

El parágrafo (2) establece los criterios para identificar los usos aplicables en ausencia de un convenio específico de las partes. el hecho de que los usos deban ser "ampliamente conocidos y regularmente observados [...] por las partes en el tráfico mercantil de que se trate" constituye una condición para la aplicación de cualquier uso, ya sea internacional o solamente a nivel nacional o local. El calificativo adicional de "tráfico internacional" tiene el propósito de evitar que aquellos usos desarrollados y limitados a los negocios domésticos o nacionales sean invocados en negocios realizados con extranjeros.

Ejemplo

2. Un corredor de bienes raíces, "a", invoca frente a "b," un cliente extranjero, un uso particular de su profesión aceptado en el país de "a". "b" no se encuentra obligado por dicho uso si éste es de naturaleza local y se refiere a un negocio que es de carácter predominantemente local.
Sólo excepcionalmente puede un uso de origen meramente local o nacional ser aplicado sin que las partes hayan hecho una referencia al mismo. Así, los usos existentes en el campo de algunas "permuta de géneros" (commodity exchanges), exhibiciones comerciales o puertos podrían aplicarse siempre que también sean regularmente observados en negociaciones con extranjeros. otra excepción está constituida en el supuesto de un comerciante que ha celebrado un cierto número de contratos del mismo tipo en un país extranjero y por lo tanto debería estar obligado por los usos establecidos en ese país para dichos contratos.

Ejemplos

"a", un operador portuario, invoca frente a "b", un transportista extranjero, la aplicación de cierto uso regularmente observado en el puerto donde trabaja "a". "b" está obligado por este uso local si el puerto es normalmente usado por extranjeros y el uso en cuestión ha sido regularmente observado por todos los clientes, independientemente del lugar de su establecimiento o su nacionalidad.
"a" un agente de ventas del país "x", recibe un pedido de "b", uno de sus clientes del país "y", solicitando el acostumbrado 10% de descuento aplicable a compras pagadas en efectivo. en el supuesto de que "a" haya llevado a cabo ventas en "y" durante cierto período, "a" no puede objetar la aplicación de dicho uso por el hecho de que el descuento constituya un uso restringido al país "y".

5. Aplicación de un uso que no es razonable

un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio, no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable. La falta de razonabilidad de un uso puede responder a las circunstancias particulares en las que una o ambas partes operan y/o a la naturaleza atípica de la operación. en dichos supuestos, el uso no será aplicable.

Ejemplo

5. Conforme a un uso regularmente observado en cierto sector comercial de géneros (commodity trade sector), el comprador no puede reclamar por los defectos de las mercaderías a menos que los mismos sean corroborados por una agencia de inspección reconocida internacionalmente. Cuando un comprador "a" se hace cargo de las mercaderías en el puerto de destino, la única agencia de inspección reconocida internacionalmente que opera en dicho puerto se encuentra en huelga, y solicitar los servicios de otra agencia del puerto más cercano resultaría excesivamente costoso. En este supuesto la aplicación del uso en cuestión no sería razonable, por lo que "a" tiene derecho a reclamar los defectos que ha descubierto en las mercaderías aún cuando no hayan sido corroborados por un certificado expedido por una agencia de inspección reconocida internacionalmente.

6. Los usos prevalecen sobre los principios

Tanto lo que resulta del curso de las negociaciones como los usos, una vez que su aplicabilidad en determinado supuesto haya sido determinada, prevalecen sobre disposiciones incompatibles de los principios. La razón es que el curso de las negociaciones y los usos obligan a las partes como si fueran cláusulas implícitas del contrato en su conjunto o de una cláusula en particular o del comportamiento de una de las partes. Así como las disposiciones expresas del contrato prevalecen sobre lo que resulte del curso de las negociaciones y de los usos, éstos prevalecen sobre los principios, con la única excepción de las disposiciones que han sido específicamente identificadas como de carácter imperativo. v. el comentario 3 al art. 1.5.

Artículo 1.9
(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.
(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.
(3) A los fines del parágrafo anterior, se considera que una notificación "llega" al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada

oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.
(4) A los fines de este artículo, la palabra "notificación" incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Comentario

1. Forma de la notificación

En primer lugar, este artículo establece el principio de que cualquier clase de notificación de intenciones (declaraciones, demandas, solicitudes, etc.) exigidas por una disposición en particular de los principios no se encuentran sujetas a ningún requisito formal en especial, sino que pueden realizarse por cualquier medio adecuado a las circunstancias. El significado de "adecuado" dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y, en particular, de la disponibilidad o la seguridad de los diversos medios de comunicación, como también de la importancia y/o urgencia del mensaje que debe ser enviado. Así, si el servicio postal no es seguro, será más apropiado usar el telefax, telex u otro medio de comunicación electrónico en el caso de notificaciones que deban realizarse por escrito, o el teléfono si resulta suficiente una notificación oral. Al escoger un medio de notificación, el remitente debe, en principio, tener en cuenta la situación existente tanto en su propio país como en el del destinatario.

2. Principio de recepción

En lo que respecta a todo tipo de notificación, los principios adoptan el llamado principio de la "recepción". Esto significa que la notificación no será efectiva hasta que llegue a su destinatario. Algunas disposiciones de los principios hacen referencia expresa a este requisito: véanse los arts. 2.3(1), 2.3(2), 2.5, 2.6(2), 2.8(1) y 2.10. El propósito del parágrafo (2) del presente artículo es indicar que se aplicará la misma regla en ausencia de una disposición expresa en este sentido. véanse los arts. 2.9, 2.11, 3.13, 3.14, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.5, 7.1.7, 7.2.1, 7.2.2, 7.3.2 y 7.3.4.

3. El principio de expedición puede ser expresamente estipulado

Las partes tienen libertad para estipular expresamente la aplicación del principio de la "expedición". Esto puede ser conveniente especialmente en aquellos casos en que una de las partes debe cursar una notificación a fin de preservar

sus derechos en el supuesto en que la otra no haya cumplido o se prevea su incumplimiento anticipado, en cuyo caso no sería justo imputar a la parte cumplidora el riesgo de la pérdidas, error o retardo en la transmisión del mensaje. esto se justifica aún más si se tiene en consideración las dificultades que pueden surgir a nivel internacional para probar la efectiva recepción de un mensaje.

4. Cuándo una notificación "llega" a su destinatario

En lo que respecta al principio de la recepción, es importante determinar con precisión cuándo la notificación en cuestión "llega" al destinatario. El parágrafo (3) de este artículo tiene el propósito de determinar ese momento al establecer una distinción entre las notificaciones orales y las que no lo son. Una notificación oral "llega" a su destinatario cuando es manifestada personalmente al destinatario o a otra persona autorizada por él para recibirla. cualquier otro tipo de notificación "llega" a su destinatario cuando le es entregada personal-mente, o en su establecimiento o en su dirección postal. No es necesario que la notificación en cuestión llegue a manos del destinatario. Es suficiente que sea puesta en manos de un empleado del destinatario que se encuentre autorizado para aceptarla, o que sea depositada en el buzón del destinatario, o sea recibida por su telefax, teléfono u ordenador.

Artículo 1.10
(Definiciones)

A los fines de estos principios:

"tribunal" incluye un tribunal arbitral;

– Si una de las partes tiene más de un "establecimiento," su "establecimiento" será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

– "Deudor" o "deudora" es la parte a quien compete cumplir una obligación, y "acreedor" o "acreedora" es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;

– "Escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Comentario

1. Tribunales judiciales y tribunales arbitrales

La importancia de los principios para solucionar controversias por medio del arbitraje ya ha sido puesta de relieve (v. más arriba, los comentarios al preámbulo). Con el fin de no sobrecargar el lenguaje, en el texto de los principios la palabra "tribunal" es utilizada en el sentido de incluir tanto a un juzgado o tribunal judicial como a un tribunal arbitral.

2. Parte con varios establecimientos

La localización del establecimiento de las partes es determinante para la aplicación de los principios en numerosos contextos, tales como el lugar para la entrega de notificaciones (art. 1.9(3): la eventual prórroga del plazo para la aceptación de una oferta en el supuesto en que el último día coincida con un día no laborable (art. 2.8(2)); el lugar de cumplimiento (art. 6.1.6); y la determinación de la parte que debe solicitar una autorización pública (art. 6.1.14(a)).

En el supuesto de que una parte tenga varios establecimientos (generalmente una oficina central y varias sucursales), el presente artículo sienta la regla de que el establecimiento pertinente es aquél que guarde vínculos más estrechos con el contrato y su cumplimiento. Nada se dice con respecto del caso de que el lugar de celebración del contrato sea diferente al del lugar de cumplimiento. En tal supuesto, este último parecería el más pertinente. A fin de determinar el establecimiento que guarde el vínculo más estrecho con determinado contrato y con su cumplimiento, deberán tenerse en cuenta las circunstancias conocidas o contempladas por ambas partes antes de la celebración del contrato. no podrán considerarse los hechos conocidos únicamente por una de las partes, o acerca de los cuales las partes tomen conocimiento después de celebrarse el contrato.

3. "Deudor – acreedor"

en aquellos casos en que sea necesario, se utilizan las palabras "deudor" y "acreedor" con el fin de lograr una mejor identificación de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligación, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias.

4. "escrito"

en algunos supuestos, los principios hacen referencia a un escrito o a un "contrato por escrito". Véanse los arts. 1.2, 2.9(2), 2.12, 2.17 y 2.18. los principios

definen esta palabra en términos funcionales. Así, un escrito incluye no sólo un telegrama y un télex, sino también cualquier otra modalidad de comunicación idónea para preservar un documento y ser reproducida en forma tangible. Este requisito formal debe ser comparado con el criterio más flexible de forma que se requiere para una "notificación". véase el art. 1.9(1).

Capítulo 2

Formacion

Artículo 2.1
(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Comentario

1. Oferta y aceptación

Una idea fundamental en los principios es que el acuerdo de las partes es en sí mismo suficiente para perfeccionar el contrato (v. art. 3.2). Los conceptos de oferta y aceptación han sido tradicionalmente utilizados para determinar si las partes han llegado a un acuerdo y también para determinar el momento en que este se ha verificado. Este artículo y capítulo dejan en claro que los principios conservan estos conceptos como herramientas esenciales para el análisis de la formación del contrato.

2. La conducta de las partes basta para demostrar el acuerdo

En la práctica de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el supuesto de que así fuera, en qué momento se ha perfeccionado dicho acuerdo. Conforme con este artículo, un contrato se podría considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento, siempre y cuando el comportamiento de las partes

demuestre la existencia de un acuerdo. con el fin de determinar si existen suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 4.1 y siguientes.

Ejemplo

"a" y "b" inician negociaciones con miras a establecer una asociación en participación (joint venture) para el desarrollo de un nuevo producto. después de prolongadas negociaciones sin ninguna oferta formal o aceptación y quedando algunos puntos de menor importancia por acordar, ambas partes comienzan a cumplir sus obligaciones. Cuando posteriormente las partes no llegan a un acuerdo sobre esos puntos de menor importancia, un juez o un tribunal arbitral puede llegar a la conclusión de que se ha celebrado un contrato, puesto que las partes habían comenzado a cumplir sus obligaciones, demostrando de esta forma su intención de quedar obligadas por un contrato.

Artículo 2.2
(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Comentario

Para definir la oferta y distinguirla de las otras comunicaciones que las partes podrían establecer entre ellas con miras a perfeccionar un contrato, este artículo exige dos requisitos: la propuesta debe (I) ser suficientemente precisa para permitir el perfeccionamiento del contrato mediante su simple aceptación, (II) indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

1. Precisión de la oferta

Dado que un contrato se perfecciona con la mera aceptación de una oferta, las cláusulas del futuro contrato deben ser indicadas en la oferta con suficiente precisión. No es posible determinar de manera abstracta si una propuesta

cumple con estos requisitos. aún términos esenciales, tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregadas o prestados, el precio que se pagará por ellos, el tiempo y lugar de cumplimiento, podrían quedar indeterminados en la oferta, sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa. Todo depende de si el oferente al proponer la oferta y el destinatario al aceptarla tienen la intención de quedar vinculados por el contrato, como

Así también de que los términos indeterminados dejen de serlo mediante una interpretación del significado de los términos utilizadas en el contrato conforme a los artículos 4.1 y siguientes, o mediante su integración conforme al art. 4.8 o 5.2. la imprecisión también puede cubrirse mediante las prácticas comerciales establecidas entre las partes

o por los usos (v. art. 1.8), o en base a disposiciones específicas que se encuentran en los principios (v.gr. arts. 5.6 (determinación de la calidad de la prestación), 5.7 (determinación del precio), 6.1.1 (momento del cumplimiento), 6.1.6 (lugar del cumplimiento) y 6.1.10 (moneda que no ha sido especificada)).

Ejemplo

1. desde hace años, "a" renueva anualmente un contrato con "b" para la asistencia técnica que este último presta regularmente para el uso de las computadoras de "a". "a" abre una segunda oficina con el mismo tipo de computadoras y solicita de "b" el mismo tipo de asistencia técnica para las nuevas computadoras. "b" acepta la propuesta a pesar de que la misma no precisa todos los términos del contrato. el contrato puede considerarse perfeccionado, porque los términos que faltan pueden ser integrados con aquellos incorporados a contratos anteriores, que constituyen prácticas establecidas entre las partes.

2. Intención de quedar obligado

El segundo criterio para determinar si una parte ha realizado una oferta con el fin de celebrar un contrato, o simplemente con el propósito de iniciar negociaciones, consiste en determinar si dicha parte ha tenido la intención de quedar obligada en caso de aceptación. Dado que dicha intención raramente es declarada en forma expresa, frecuentemente debe inferirse de las circunstancias del caso concreto. La manera en que el proponente presente su propuesta (v.g. definiéndola expresamente como "oferta" o simplemente como una "declaración de voluntad", proporciona una primera, aunque no definitiva,

indicación de una posible intención. El contenido y la determinación de los destinatarios de la propuesta revisten mayor importancia. En términos generales, se podría decir que cuanto más detallada y precisa sea la propuesta, más probable resulta que constituya una oferta. Si la propuesta es dirigida a una o más personas concretas, es más probable que sea considerada una oferta que si dicha propuesta es dirigida al público en general.

Ejemplos

2. después de prolongadas negociaciones, los directores ejecutivos de dos compañías, "a" y "b", acuerdan las bases sobre las cuales "b" adquirirá el 51% de las acciones de la compañía "c", cuya titularidad absoluta y exclusiva pertenece a "a". el "memorandum" del acuerdo (memorandum of agreement), firmado por las partes negociadoras, incluye una cláusula final estableciendo que el acuerdo no será vinculante hasta ser aprobado por la junta directiva de "a". En este supuesto no existe un contrato hasta que dicha aprobación sea concedida.
"a", una agencia del estado, anuncia una licitación pública para la colocación de una nueva red telefónica. dicho anuncio constituye simplemente una invitación para recibir ofertas, las cuales pueden o no ser aceptadas por "a". Empero, si el anuncio incluyera los detalles de las especificaciones técnicas del proyecto, estableciendo que el contrato se celebrará con quien ofrezca la postura más baja conforme a las especificaciones, dicho anuncio podría ser considerado como una oferta, considerándose perfeccionado el contrato al identificarse al mejor postor.
Una propuesta puede incluir todos los términos esenciales del contrato y sin embargo no obligar al proponente en caso de aceptación, si su perfeccionamiento ha sido condicionado a lograr un acuerdo sobre cuestiones de menor importancia que han sido dejado pendientes en la propuesta. véase el art. 2.13

Artículo 2.3
(Retiro de la oferta)

1) la oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
2) cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Comentario

1. Cuándo la oferta surte efectos

El parágrafo (1) de este artículo, que ha sido literalmente adoptado del artículo 15 de cisg, dispone que una oferta surte efectos cuando llegue al destinatario (véase el art. 1.9(2)). En cuanto a la definición de "llega", véase el art. 1.9(3). el momento en el cual una oferta surte efectos es de suma importancia, pues indica el momento exacto a partir del cual el destinatario puede aceptar la oferta, obligando definitivamente al oferente a cumplir con el contrato propuesto.

2. Retiro de la oferta

Hay otras razones por las cuales, en la práctica, es importante determinar el momento en el cual surte efectos la oferta. Hasta ese momento, el oferente es libre de cambiar de opinión y decidir no celebrar el contrato, o bien remplazar su oferta original por otra nueva oferta, independientemente de si la oferta original fue extendida con el propósito de ser irrevocable. la única condición es que el destinatario tome conocimiento del cambio de voluntad del oferente antes o al mismo tiempo de tomar conocimiento de la oferta original. Al establecer este mecanismo en forma expresa, el parágrafo (2) de este artículo deja en claro la distinción entre "retiro" y "revocación" de una oferta: una oferta siempre puede ser retirada antes de que surta efectos, mientras que la cuestión de si puede ser revocada (véase el art. 2.4) sólo surge después que la oferta ha surtido efectos.

Artículo 2.4
(Revocación de la oferta)

1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
2) sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Comentario

El problema de si una oferta es revocable ha sido tradicionalmente uno de los puntos más controvertidos en el tema de la formación de los contratos. Como no es posible conciliar las posturas de los diversos sistemas jurídicos (esto es, la postura mantenida por los países del common law, conforme a la cual una oferta siempre es revocable, y la postura opuesta de casi todos los sistemas de tradición jurídica romanística), la única alternativa es elegir una de las dos posturas como regla e introducir a la otra por vía de excepción.

1. la oferta, en principio, puede ser revocada

El parágrafo (1) de este artículo, que ha sido tomado literalmente del artículo 16 de cisg, establece que, en principio, una oferta puede ser revocada hasta que se celebra el contrato. el mismo parágrafo, sin embargo, limita la revocación de la oferta a la condición de que llegue al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación. Por lo tanto, el derecho del oferente a revocar su oferta hasta el perfeccionamiento del contrato sólo tiene vigencia en el supuesto de que el destinatario acepte la oferta oralmente, o cuando el destinatario indique su consentimiento ejecutando un hecho sin comunicárselo al oferente (véase el art. 2.6(3). Sin embargo, cuando la oferta es aceptada por escrito, en cuyo caso el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al oferente (véase el art. 2.6(2), el derecho del oferente a revocar la oferta termina antes, esto es, cuando el destinatario envía su aceptación. Esta solución puede ocasionar algún inconveniente al oferente, ya que no siempre estará en condiciones de conocer si todavía tiene la posibilidad de revocar su oferta. Sin embargo, esta solución se justifica cuando se considera el interés legítimo del destinatario a que se reduzca el plazo durante el cual sea posible la revocación.

2. Ofertas irrevocables

El parágrafo (2) prevé dos excepciones importantes a la norma general de la revocabilidad de la oferta: (i) cuando la oferta indica que es irrevocable y (ii) cuando el destinatario, teniendo otras razones justificadas para considerar la oferta como irrevocable, actúa en función de dicha oferta.

a) La indicación de irrevocabilidad contenida en la oferta

La indicación de que la oferta es irrevocable puede hacerse de diversas maneras. La manera más clara y directa de todas es aquella en la que el ofe-

rente lo manifiesta expresamente (v.gr. "esta es una oferta en firme"; "nosotros mantendremos nuestra oferta hasta recibir su contestación"). Sin embargo, el carácter irrevocable de la oferta puede inferirse simplemente de otras declaraciones o comportamiento del oferente. El señalamiento de un plazo fijo para la aceptación puede, aunque no necesariamente, considerarse en sí mismo como una indicación implícita de que la oferta es irrevocable. La respuesta a esta cuestión debe encontrarse en cada caso a través de una adecuada interpretación de los términos de la oferta, conforme a los diversos criterios establecidos en el capítulo 4 sobre interpretación del contrato. Por lo general, si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al señalar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el señalamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por lo general no se atribuirá al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo.

Ejemplos

"a", Una agencia de viajes, informa mediante un folleto a sus clientes acerca de un crucero para las próximas fiestas de año nuevo. En dicho folleto se apremia a los clientes para que hagan sus reservas dentro los tres días siguientes, añadiendo que probablemente después de ese tiempo ya no habrá lugares disponibles. Este anuncio, por sí mismo, no indica que "a" haya realizado una oferta irrevocable durante los tres primeros días.
"a" propone a "b" redactar una oferta por escrito con los términos en que estaría dispuesto a construir un edificio. "b" presenta una oferta precisa que expresa lo siguiente: " el precio y demás condiciones no serán válidas después del 10 de septiembre". si "a" y "b" operan dentro de un sistema jurídico donde dicha declaración es considerada como una oferta irrevocable hasta esa fecha, "b" puede esperar que su oferta será considerada como una oferta irrevocable. Esta expectativa no podría presentarse en el supuesto que "a" opere dentro de un sistema jurídico donde la declaración de "b" no se considere suficiente para indicar que la oferta es irrevocable.

b) Confianza del destinatario de que se trataba de una oferta irrevocable

La segunda excepción a la norma general que atañe a la revocabilidad de la oferta contempla el supuesto en el que "el destinatario podía considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha actuado en función de dicha oferta". Se trata de la aplicación del principio general de buena fe y lealtad negocial establecido en el art.

1.7. La confianza del destinatario puede haber sido inducida por la conducta del oferente, o por la naturaleza de la oferta misma. Este sería el caso de una oferta cuya aceptación requiere de una investigación extensa y costosa por parte del destinatario o una oferta realizada con el propósito de permitir al destinatario transmitir la oferta a terceros. Los actos que el destinatario debe cumplir confiando en la oferta pueden consistir en preparación de la producción, compra o arrendamiento de material o equipo, incluyendo los gastos que ello importe, etc., siempre que dicha actividad pueda considerarse corriente para el tipo de operación de que se trate, o bien consista en actos que deberían haber sido previstos o conocidos por el oferente.

Ejemplos

"a", Un comerciante de antigüedades, solicita a "b" la restauración de diez pinturas, bajo la condición de que dicho trabajo sea realizado en tres meses y que el precio no exceda de cierta cantidad. "b" informa a "a" que, con el fin de saber si acepta la oferta, necesita comenzar a trabajar en una de las pinturas y que dentro de cinco días le dará la respuesta. "a" acepta dicha propuesta. En base a la oferta de "a", "b" debe comenzar a trabajar inmediatamente. "a" no puede revocar su oferta dentro de esos cinco días.

"a" Solicita una oferta a "b" para que "a" pueda completar algunos datos de una petición de licitación a ser asignada dentro de un plazo determinado. "b" le hace una oferta a "a", en la cual se basa este último para calcular el precio a presentar en la petición de licitación. Antes de la expiración del plazo, pero después que "a" ha presentado su propuesta en la licitación, "b" informa a "a" que no desea mantener su oferta. En este supuesto, "b" no puede revocar su oferta, que es irrevocable hasta el vencimiento del plazo para asignar la licitación, puesto que la propuesta de "a" en dicha licitación se basa en los datos que le proporcionó "b".

Artículo 2.5
(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

Comentario

1. El rechazo puede ser expreso o tácito

Una oferta puede ser rechazada expresa o tácitamente. un caso frecuente de rechazo tácito consiste en contestar a la oferta mediante una respuesta que parece ser una aceptación pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones (v. 2.11(1)).

En ausencia de un rechazo expreso, la manifestación o conducta del destinatario debe ser tal que justifique la creencia del oferente que el destinatario no tiene intención de aceptar la oferta. Una contestación por parte del destinatario que simplemente pregunte si existe otra alternativa posible (v.gr. "¿existe alguna posibilidad de que el precio sea rebajado?" o "¿podría entregar las mercaderías un par de días antes?") no sería suficiente para concluir que el destinatario ha rechazado la oferta.

Debe subrayarse que el rechazo tiene el efecto de extinguir cualquier tipo de oferta, independientemente de su carácter revocable o irrevocable bajo el art. 2.4.

Ejemplo

"a" Recibe una oferta de "b" en la que establece que la oferta se mantendrá en firme durante dos semanas. "a" contesta a vuelta de correo, incluyendo condiciones en parte diferentes a las establecidas en la oferta de "b", condiciones que no son aceptadas por "b". "a" no puede aceptar la oferta original luego de dicha contestación, aún cuando todavía resten varios días para que se extinga el plazo de dos semanas al hacer una contraoferta, "a" ha rechazado implícitamente la oferta original.

2. El rechazo como una de las causas que extingue una oferta

El rechazo por parte del destinatario es sólo una de las causas que extinguen una oferta. Otras causas son tratadas en los arts. 2.4(1) y 2.7.

Artículo 2.6
(Modo de aceptación)

Constituye aceptación toda declaración

O cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta el silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

Comentario

1. Indicación de asentimiento a una oferta

Para que exista aceptación el destinatario debe indicar su "asentimiento" de una manera u otra. No basta el mero acuse de recibo de la oferta, o una manifestación en el sentido de estar interesado en ella. Más aún, el asentimiento debe ser liso y llano, no pudiendo ser condicionado a otro acto del oferente (v.gr. "nuestra aceptación queda sujeta a vuestra aprobación") ni tampoco a un acto del mismo destinatario (v.gr. "nosotros, por este medio, aceptamos las cláusulas del contrato establecidos en su memorándum y lo enviaremos a nuestra junta de administración para su aprobación dentro de las próximas dos semanas"). Por último, la aceptación no debe contener modificaciones a los términos de la oferta, o por lo menos no debe incluir modificaciones que alteren sustancialmente los términos de la oferta (véase el art. 2.11).

2. Aceptación mediante el comportamiento del aceptante

A menos que la oferta imponga un modo especial de aceptación, el asentimiento puede indicarse expresamente o inferirse del comportamiento del destinatario. El parágrafo (1) de este artículo no especifica la forma en que dicho comportamiento deba verificarse. Generalmente, tales actos se relacionan con el cumplimiento del contrato, como lo son el pago de un anticipo del precio, el embarque de las mercaderías, el inicio de los trabajos en el establecimiento, etc.

3. Silencio o conducta omisiva

Al establecer que ni "el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos, implican una aceptación", el parágrafo (1) deja en claro que del simple silencio o inacción del destinatario no se puede inferir el asentimiento de la oferta. El supuesto sería diferente si las partes acordaran que el silencio se considerará aceptación, o en el supuesto de que existan negociaciones previas o usos. Sin embargo, en ningún caso el oferente podrá establecer unilateralmente que la oferta se considerará aceptada en ausencia de contestación del destinatario. Dado que el oferente es quien toma la iniciativa de proponer la celebración del contrato, el destinatario es libre no sólo de aceptar la oferta, sino también de hacer sencillamente caso omiso de ella.

Ejemplos

"a" Le solicita a "b" que establezca las condiciones para la renovación de un contrato anterior para el abastecimiento de vino, contrato que expira el 31 de diciembre. En su oferta, "b" incluye una disposición que expresa: "si no hemos recibido noticias suyas a más tardar a finales de noviembre, entenderemos que usted ha consentido en renovar el contrato bajo las condiciones establecidas en las cláusulas precedentes". "a" considera totalmente inaceptable la propuesta de "b" y no contesta. en este supuesto, el contrato anterior expira en el plazo fijado sin que haya sido renovado, en vista de la falta de acuerdo entre las partes.
En un contrato a largo plazo para el abastecimiento de vino, "b" suele proveer a "a" de sus pedidos sin confirmar la aceptación de los pedidos que hace "a". el 15 de noviembre, "a" solicita una gran cantidad de vino para el año nuevo. "b" no contesta ni entrega a tiempo la mercancía solicitada. En este supuesto, "b" ha incumplido con su obligación, ya que de acuerdo a las prácticas establecidas entre las partes, el silencio de "b" a los pedidos de "a" se considera una aceptación de la oferta.

4. Momento en que surte efectos la aceptación

De acuerdo al parágrafo (2), la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente.
V.. art. 1.9(2)). en cuanto a la definición de "llegar", véase el art. 1.9(3). el motivo para adoptar el principio de la "recepción" en lugar del de la "expedición" obedece a que resulta más sensato localizar el riesgo de la transmisión de la

notificación de aceptación en el aceptante que en el oferente, puesto que el aceptante es el que escoge el medio de comunicación, el que mejor conoce cuáles medios de comunicación son especialmente arriesgados o tardíos, y quien, en consecuencia, se encuentra mejor capacitado para tomar las medidas necesarias para asegurarse que la aceptación llegue a su destino.

En principio, la aceptación que surge del comportamiento del aceptante también surtirá efectos sólo cuando llegue al oferente la notificación de dicha aceptación. cabe destacar, sin embargo, que será necesario que el destinatario o aceptante comunique su aceptación sólo en aquellos casos en que la conducta del aceptante no comunique por sí misma la aceptación dentro de un plazo razonable. En los demás casos (v.gr. cuando la conducta consista en el pago del precio o el embarque de mercaderías por vía aérea o por otro medio de transporte rápido) bien se podría lograr el mismo efecto si el banco o el porteador informan al oferente de la transferencia de fondos o la consignación de las mercaderías.

En los supuestos previstos en el parágrafo (3) se encuentra una excepción a la regla general establecida en el parágrafo (2). Esto es, "si en virtud de la oferta, de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario manifestara su asentimiento ejecutando un acto sin comunicárselo al oferente". En este supuesto la aceptación surte efectos en el momento en que el acto es ejecutado, independientemente de si el oferente es oportunamente informado al respecto.

Ejemplos

"a" Solicita a "b" que diseñe programa especial para establecer un banco de datos. sin comunicar su aceptación, "b" comienza a diseñar el programa y, una vez terminado, reclama el pago de acuerdo a lo establecido en la oferta de "a". "b" no está facultado para reclamar el pago, puesto que la supuesta aceptación a la oferta de "a" nunca surtió efectos en razón de que "b" nunca se lo notificó a "a".

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3, con la diferencia que en su oferta "a" expresa que estará ausente durante las dos semanas siguientes, pidiendo a "b" que, si desea aceptar la oferta, comience a diseñar el programa inmediatamente para ganar tiempo. en este supuesto el contrato se perfecciona en cuanto "b" comience a cumplir, aún cuando "b" no comunique su aceptación inmediatamente o con posterioridad.

este artículo se corresponde con los parágrafos (1), (2) primera parte y (3) del art. 18 de CISG.

Artículo 2.7
(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Comentario

En cuanto al momento en que la aceptación debe ser aceptada, este artículo, que se corresponde con la segunda parte del parágrafo (2) del art. 18 de CISG, distingue entre ofertas verbales y escritas. Las ofertas verbales deben ser aceptadas de inmediato, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa. En cuanto a las ofertas por escrito, todo depende de si se ha indicado o no un plazo para su aceptación. Si se establece un plazo, la oferta debe ser aceptada dentro de ese plazo, mientras que en todos los otros casos, la indicación de asentimiento debe llegar al oferente "dentro del [plazo] que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluida la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente."

Cabe destacar que las reglas establecidas en este artículo también se aplican a situaciones donde, de acuerdo con el art. 2.6(3), el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin comunicarlo al oferente. En estos casos el acto de ejecución debe realizarse dentro del plazo respectivo.

Para la determinación del momento preciso en que comienza a correr el plazo otorgado por el oferente y el cálculo de los días festivos comprendidos dentro del plazo, véase el art. 2.8; en cuanto al supuesto de aceptación tardía y retardo en la transmisión, véase el art. 2.9.

Artículo 2.8
(Aceptación dentro de un plazo fijo)

(1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su expedición o desde la fecha indicada en la carta, o, si ésta no indica ningu-

na, desde la fecha que figure en el sobre. el plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación a través de medios de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.
(2) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación serán incluidos en el cómputo de dicho plazo. Sin embargo, si la notificación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Comentario

El oferente puede fijar un término dentro del cual el destinatario debe aceptar la oferta. En la medida en que este plazo sea indicado con una fecha cierta (v.gr. "en caso de que usted desee aceptar mi oferta, le ruego hacerlo antes del 1° de marzo) no se suscitarán problemas especiales. si, en cambio, la oferta simplemente indica un plazo (v.gr. "usted goza de diez días para aceptar esta oferta") pueden suscitarse problemas para determinar el momento en que debe comenzar a correr el plazo, o los efectos de los días feriados oficiales que se incluyan durante dicho plazo, o sobre la expiración del plazo. este artículo, que se corresponde con el art. 20 de CISG, tiene el propósito de proporcionar una respuesta a esos dos puntos cuando nada se diga en la oferta.

Artículo 2.9
(Aceptación tardía. demora en la transmisión)

No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

Si la carta o cualquier otra notificación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Comentario

1. La aceptación tardía normalmente no surte efectos

De acuerdo al principio establecido en el art. 2.7, para que una aceptación surta efectos debe llegar al oferente dentro del plazo fijado por éste, o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable. Esto significa que, en principio, una aceptación que llegue al oferente con posterioridad no surtirá efectos, pudiendo ser ignorada por el oferente.

2. Sin embargo, el oferente puede "aceptar" una aceptación tardía

El parágrafo (1) de este artículo, que se corresponde con el art. 21 de CISG, establece que el oferente puede considerar una aceptación tardía como si hubiera sido recibida a tiempo y así surtir efecto, siempre y cuando el oferente, sin demora injustificada, "informa" de ello al destinatario o le envíe una notificación en tal sentido. Si el oferente aprovecha esta posibilidad, el contrato se considera perfeccionado en el momento en que la aceptación tardía llega al oferente y no cuando el oferente informa al destinatario su intención de considerar válida la aceptación tardía.

Ejemplo

1. "a" Fija el 31 de marzo como plazo para que su oferta sea aceptada. La aceptación de "b" llega el 3 de abril. "a", quien sigue interesado en el contrato, desea "aceptar" la aceptación tardía de "b" e inmediatamente se lo informa. Aunque la notificación le llega a "b" el 5 de abril, el contrato queda perfeccionado el 3 de abril.

3. Aceptación tardía debida a un retraso en la transmisión

Si la aceptación llega tarde aunque sea porque el destinatario no la envió a tiempo, es natural considerar que no surte efectos a menos que el oferente expresamente indique otra cosa. La situación es diferente cuando el destinatario ha enviado su aceptación a tiempo, pero ésta llega tarde al oferente debido a un retraso inesperado en la transmisión. En tal caso, la confianza depositada por el destinatario en que la aceptación ha llegado a tiempo merece protección, por lo que en este supuesto la aceptación tardía surtirá

efectos a menos que el oferente informe sin demora injustificada al destinatario que considera su oferta caducada. la única condición que exige el parágrafo (2) es que la carta,
o cualquier otra notificación por escrito que contenga la aceptación tardía, indique que ha sido enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, habría llegado al oferente en el plazo debido.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que "b", sabiendo que el tiempo normal para la transmisión de cartas por vía aérea al país de "a" es de tres días, envía su carta de aceptación el 25 de marzo debido a una huelga del servicio postal en el país de "a", la carta cuya fecha de expedición figura en el sobre, recién llega el 3 de abril. la aceptación de "b", no obstante ser tardía, se considera efectiva, a menos que "a" se oponga sin demora injustificada.

Artículo 2.10
(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

Comentario

Con respecto al retiro de la aceptación, este artículo establece el mismo principio que el contemplado en el art. 2.3, que trata del retiro de la oferta: el destinatario puede cambiar de opinión y retirar su aceptación, siempre y cuando dicho retiro llegue al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación.
Cabe destacar que el oferente queda obligado por su oferta y ya no podrá cambiar de opinión una vez que el destinatario ha enviado su aceptación (véase el art. 2.4(1)), mientras que el destinatario no pierde su libertad de cambiar de opinión sino en una etapa posterior, esto es, cuando la notificación de aceptación llega al oferente.
Este artículo se corresponde con el art. 22 de CISG.

Artículo 2.11
(Aceptación modificada)

La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. de no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Comentario

1. Una aceptación con modificaciones normalmente se considera una contraoferta

Es frecuente en las negociaciones comerciales que el destinatario, no obstante manifestar al oferente su intención de aceptar la oferta ("acuse de recibo de una orden de pedido"), incluye en su respuesta términos adicionales o diferentes a los de la oferta. El parágrafo (1) de este artículo dispone que, en principio, dicha respuesta se considera como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta, que el oferente puede o no aceptar, ya sea de forma expresa o tácita (como por ejemplo realizando un acto que indique cumplimiento).

2. Modificaciones que no alteren la naturaleza de la aceptación

El principio según el cual la aceptación debe ser un reflejo preciso de la oferta implica que aún diferencias insignificantes entre oferta y aceptación permitirían a cada parte cuestionar la existencia del contrato con posterioridad. Con el fin de eliminar este resultado, que una parte podría perseguir simplemente en razón de un cambio desfavorable en las condiciones del mercado, el parágrafo (2) incorpora una excepción al principio general establecido en el parágrafo (1). Conforme a esta excepción, si los términos adicionales o diferentes incluidos en la aceptación no alteran "sustancialmente" los términos de la oferta, el contrato se considera perfeccionado con tales modificaciones, a menos que el oferente se oponga sin demora injustificada.

No se puede determinar en abstracto lo que se considera una modificación "sustancial", lo que dependerá de las circunstancias del caso. Normalmente, aunque no necesariamente, constituirán modificaciones substanciales a la oferta aquellos términos adicionales o diferentes que se refieran al precio o forma de pago, al lugar y tiempo de cumplimiento de una obligación no dineraria, al ámbito de la responsabilidad de una parte respecto a la otra o a la solución de controversias. Un factor importante que debe tomarse en consideración es si los términos adicionales o diferentes son regularmente utilizados en la rama comercial de que se trate y que por tanto no podrían causar sorpresa al oferente.

Ejemplos

"a" Solicita a "b" una máquina y le pide que sea previamente probada. al acusar recibo del pedido, "b" declara que acepta los términos de la oferta de "a", pero añade que desea estar presente cuando la máquina sea probada. Este término adicional no constituye una modificación "sustancial" a la oferta y por lo tanto formará parte del contrato a menos que "a", sin demora injustificada, lo objete.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que al acusar recibo de la orden de pedido "b" añade una cláusula arbitral. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, dicha cláusula se considera una modificación "sustancial" a los términos de la oferta, por lo que la supuesta aceptación de "b" constituye una contraoferta.
"a" Solicita una determinada cantidad de trigo a "b", quien añade una cláusula arbitral al acusar recibo del pedido, lo que constituye una práctica corriente en esa rama del comercio. Como dicha cláusula no es inesperada para "a", tal modificación no se considera "sustancial", por lo que formará parte del contrato a menos que "a" lo objete sin demora injustificada.

Artículo 2.12
(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

Comentario

1. Confirmación por escrito

Este artículo trata la situación en la cual un contrato ya se ha perfeccionado, bien sea verbalmente o por intercambio de comunicaciones escritas que se limitan a especificar los términos esenciales del contrato, y posteriormente una parte envía un documento a la otra con el mero propósito de confirmar lo ya acordado, aunque en realidad contiene términos adicionales o diferentes a los previamente convenidos. En teoría, esta situación se diferencia claramente de la prevista en el art. 2.11 en que el contrato aún no ha sido perfeccionado y los términos que son modificados se encuentran en la pretendida aceptación del destinatario. Sin embargo, dado que en la práctica puede resultar muy difícil, si no imposible, distinguir entre estas dos situaciones, este artículo adopta con respecto a los términos modificados que se incluyen en una confirmación por escrito, el mismo criterio que el adoptado en el art.

En otras palabras, de la misma forma que si las modificaciones hubieran sido incluidas en un acuse de la orden de pedido, se dispone que los términos adicionales o diferentes a los previamente convenidos que se incluyan en una confirmación por escrito serán considerados como parte del contrato, a menos que alteren "sustancialmente" el contrato o que el destinatario, objete la discrepancia sin demora injustificada.

Huelga decir que también en el contexto de las confirmaciones por escrito surge la cuestión de cuál de los nuevos términos altera "sustancialmente" los términos previamente convenidos, a lo que sólo se puede dar una respuesta satisfactoria a la luz de la circunstancias de cada caso concreto. Por otra parte, este artículo sin duda no se aplica cuando la parte que envía la confirmación por escrito invita expresamente a la otra parte a devolver el documento debidamente contrafirmado en señal de aceptación. en este supuesto es irrelevante si el escrito contiene modificaciones y si tales modificaciones son "sustanciales", puesto que para que exista un contrato el documento debe ser aceptado expresamente por el destinatario en cada caso.

Ejemplos

"a" Solicita telefónicamente a "b" una máquina. "b" acepta el pedido. El día siguiente "a" recibe una carta de "b" en la que confirma los términos del

acuerdo verbal, pero "b" añade que desea estar presente en la prueba de la máquina, que tendrá lugar en el establecimiento de "a". este término adicional no constituye una modificación "sustancial" de aquellos que fueron previamente acordados entre las partes, por lo que se considera parte del contrato, a menos que "a" lo objete sin demora injustificada.

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que la modificación contenida en el escrito de confirmación de "b" consiste en la inclusión de un convenio de arbitraje. A menos que de las circunstancias resulte otra cosa, dicho convenio se considera una modificación "sustancial" de los términos previamente acordados entre las partes, por lo que no constituyen parte del contrato.

"a" Envía un télex a "b" solicitándole una determinada cantidad de trigo, oferta que "b" acepta inmediatamente por el mismo medio. Ese mismo día "b" envía una carta a "a" confirmando los términos del contrato, pero añadiendo un convenio de arbitraje, lo que constituye una práctica usual en ese ramo del comercio. Dado que "a" no puede ser sorprendido por la inclusión de tal cláusula, esta no es considerada una modificación "esencial" de los términos previamente acordados y, a menos que "a" lo objete sin demora injustificada, la cláusula arbitral constituye parte del contrato.

2. La confirmación por escrito deberá enviarse dentro de un período razonable después del perfeccionamiento del contrato

La regla conforme a la cual el silencio de la parte que recibe un escrito de confirmación es equiparado a su aceptación del contenido en el escrito, incluyendo cualquier modificación no sustancial de los términos previamente acordados, presupone que dicho escrito de conformación es enviado "dentro de un plazo razonable con posterioridad" al perfeccionamiento del contrato. Todo documento de este tipo enviado después del plazo que, de acuerdo a las circunstancias, resulte no razonable, carece de valor y el silencio de la parte que recibe no puede ser interpretado en un futuro como aceptación de su contenido.

3. Facturas

Para los fines de este artículo, el concepto de "confirmación por escrito" debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo todo supuesto en que una parte utiliza facturas u otros documentos similares relativos al cumplimiento que detallen las características de un contrato que ha sido celebrado verbalmente o mediante un intercambio informal de correspondencia, siempre y cuando

dicho práctica sea habitual en determinado ramo comercial y/o en el país en cuestión.

Artículo 2.13
(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una formalidad determinada)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una determinada forma, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

Comentario

Perfeccionamiento del contrato condicionado a un acuerdo sobre cuestiones específicas

En principio, un contrato queda perfeccionado cuando las partes llegan a un acuerdo sobre los términos esenciales para el tipo de negocio de que se trate, mientras que aquellos aspectos de menor importancia sobre los cuales las partes no llegaron a un acuerdo pueden ser posteriormente integrados implícitamente, ya sea en base a elementos fácticos o jurídicos. véase el comentario 1 al art. 2.2 y también los arts. 4.8 y 5.2.

Ejemplo

"a" Acuerda con "b" sobre todos los términos esenciales de un contrato de distribución de las mercaderías de "a". posteriormente surge la cuestión acerca de quién debe absorber los costos de publicidad. Ninguna de las partes puede alegar la inexistencia del contrato en razón del silencio del contrato sobre este punto, dado que dicha omisión no es esencial al tipo de operación de que se trata y puede ser integrado en base a los hechos o al derecho aplicable.

Sin embargo, en un determinado supuesto las partes pueden considerar que algunas cuestiones específicas son de importancia tal que no existe la intención de perfeccionar un contrato a menos que dichas cuestiones sean satisfactoriamente resueltas. Si las partes, o una sola de ellas, manifiesta expresamente dicha intención, no habrá contrato a menos que exista un acuerdo sobre

dichas cuestiones. al emplear el verbo "insistir", este artículo deja claro que no basta con que una de las partes manifieste su intención a dicho efecto mediante una simple mención, sino que es necesario que dicha intención sea inequívoca.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que durante el curso de las negociaciones "b" manifiesta reiteradamente que la cuestión acerca de quién debe absorber los costos de la campaña publicitaria debe ser expresamente convenida. A pesar de llegar a un acuerdo sobre todos los términos esenciales del contrato, no existirá en este supuesto un contrato entre "a" y "b", puesto que "b" ha insistido en que el perfeccionamiento del contrato se condicione a llegar a un acuerdo sobre un aspecto en particular.

2. Perfeccionamiento del contrato condicionado a un acuerdo acerca de la adopción de una forma determinada

Es bastante frecuente en la práctica comercial, especialmente cuando se trata de operaciones de considerable complejidad, que después de prolongadas negociaciones las partes firmen un documento informal al que llamen "contrato preliminar", "memorándum de entendimiento", "carta de intención" o expresiones similares, que contienen los términos del contrato deseado pero al mismo tiempo se establece la intención de firmar otro documento formal en el futuro (v.gr. "sujeto a contrato", "sigue contrato formal"). En algunos casos, las partes consideran que su contrato ya ha sido perfeccionado y que la firma del documento formal sólo constituye una confirmación de lo que ha sido totalmente acordado. Empero, si una o ambas partes dejan claro que no tienen el propósito de quedar obligadas a menos que se haya firmado el documento formal, no existirá contrato hasta dicho momento, aún cuando las partes hayan acordado sobre todos los aspectos relevantes de la operación.

Ejemplos

Después de prolongadas negociaciones, "a" y "b" firman un "memorándum de entendimiento" que incluye todos los términos de un contrato de una asociación en participación (joint venture) para la exploración y explotación de la plataforma continental del país "x". Las partes acuerdan que posteriormente

redactarán el contrato en documentos formales, a ser firmados e intercambiados en una ceremonia oficial. si el "memorándum" ya contiene todos los términos pertinentes al contrato y los siguientes documentos tienen la única finalidad de presentarlo al público en forma adecuada, podría considerarse que el contrato se perfeccionó cuando se firmó el primer documento.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3, con la diferencia que el "memorándum de entendimiento" contiene la cláusula: "no obligatorio hasta que se firme el contrato definitivo", o alguna otra cláusula semejante. El contrato será vinculante a partir del momento en que se firmen e intercambien los documentos formales.

Artículo 2.14
(Contrato con términos "abiertos")

(1) si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.
(2) la existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:
(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Comentario

Contrato con términos que las partes han dejado "abiertos" deliberadamente

Un contrato puede omitir una o varias cuestiones porque las partes simplemente no pensaron en ellas durante las negociaciones. Si las partes han llegado a un acuerdo sobre los términos esenciales del tipo de operación de que se trate, el contrato queda perfeccionado y las cuestiones omitidas podrían considerarse implícitamente integradas al contrato en base a los arts. 4.8 o 5.2. véase el comentario 1 al art. 2.2. el supuesto contemplado en este artículo es muy diferente, ya que trata de uno o más términos sobre los cuales las partes deliberadamente no han llegado a un acuerdo, ya sea porque no son capaces o

no desean determinarlos al momento de celebrar el contrato, prefiriendo dejar su determinación a un momento posterior o bien delegando dicha determinación en un tercero.

Esta última situación, que es bastante frecuente (aunque no exclusivamente) en operaciones a largo plazo, da origen fundamentalmente a dos problemas: primero, determinar si el hecho de que las partes hayan tenido la intención de dejar sin resolver algunos términos afecta a la existencia del contrato y, segundo, si ese no es el caso, qué sucede si las partes posteriormente no llegaran a un acuerdo o el tercero no hiciera dicha determinación.

Los términos que deliberadamente se han dejado abiertos no empecen, por sí mismos, al perfeccionamiento válido del contrato

El parágrafo (1) establece que si las partes tuvieron la intención de celebrar un contrato, no empece a su validez el hecho de que hayan dejado intencionalmente algún término sujeto a negociaciones futuras o a la determinación de un tercero.

Cuando la intención de celebrar el contrato no ha sido manifestada expresamente, dicha intención podría inferirse, a pesar de la existencia de términos que han quedado abiertos, de otras circunstancias, tales como el carácter no esencial de los términos en cuestión, el grado de precisión del contrato en su conjunto, el hecho de que los términos que han quedado abiertos se refieran a materias que, dada su naturaleza, sólo pueden ser determinadas con posterioridad, el hecho de que el contrato ya haya sido cumplido en parte, etc.

Ejemplo

"a", Una compañía naviera, celebra un convenio detallado con "b", un operador de estación para el uso de una terminal de contenedores. El contrato determina el volumen mínimo anual de contenedores para carga y descarga y las tarifas a pagar, dejándose pendiente la determinación de la tarifa a pagar por contenedores adicionales para una vez que se llegue al volumen mínimo estipulado. Dos meses más tarde, "a" se entera de que un competidor de "b" ofrece mejores condiciones y rehusa cumplir, alegando que el acuerdo con "b" nunca llegó a ser vinculante porque la tarifa a pagar por los contenedores adicionales no había sido determinada. "a" es responsable por falta de cumplimiento del contrato, porque su carácter detallado y el hecho de que tanto "a"

como "b" hayan comenzado a cumplir de inmediato con sus obligaciones reflejan claramente que su intención era la de celebrar un contrato obligatorio.

Fracaso de los mecanismos predispuestos para determinar los términos que han quedado abiertos

Si las partes no son capaces de llegar a un acuerdo sobre los términos que han quedado abiertos, o si el tercero no las determinara, surge el problema de si se extingue el contrato. Conforme al parágrafo (2) de este artículo, la existencia del contrato no se verá afectada "siempre y cuando haya algún modo razonable de determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes". Existe una primera alternativa que consiste en suplir el término omitido en base al art. 5.2. así, si las partes han diferido la determinación de un punto a la decisión de un tercero a ser designado, por ejemplo, por el presidente de un tribunal, o por la cámara de comercio, etc., o bien a la designación de otro tercero. Los casos en que un contrato determinado sea convalidado recurriendo a este tipo de alternativas son bastante raros en la práctica. Los problemas no serían de mayor entidad en la medida en que la indeterminación se refiera a términos de escasa importancia. por el contrario, si se trata de términos que hacen a la esencia de un negocio en particular, es necesario que exista prueba fehaciente de la intención de las partes de convalidar el contrato. Entre otros factores a tomar en cuenta al respecto, deben computarse si los términos o cláusulas que han quedado abiertos cubren puntos que, por su naturaleza, sólo pueden ser definidos con posterioridad, o si el contrato ya ha sido cumplido en parte, etc.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que cuando se llega a cubrir el volumen mínimo de contenedores a ser cargados y descargados, las partes no llegan a un acuerdo sobre la tarifa a cobrar por los contenedores restantes. "a" deja de cumplir, alegando que el contrato ha llegado a su fin. en este supuesto, "a" es responsable por incumplimiento. El hecho de que las partes ya habían comenzado a cumplir sus obligaciones sin condicionar la continuación de sus relaciones comerciales a un acuerdo respecto de la tarifa a percibir por los contenedores adicionales constituye una prueba suficiente de su intención de convalidar el contrato aún en ausencia de dicho

acuerdo. Las tarifas a ser cobradas por los contenedores adicionales se determinarán conforme al art. 5.7.

Artículo 2.15
(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Comentario

Libertad de negociación

Como regla general, las partes no sólo cuentan con amplia libertad para decidir cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a perfeccionar un contrato, sino también para decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos por llegar a un acuerdo. Esto se deduce del principio básico de libertad de contratación enunciado en el art. 1.1. este es un principio esencial para garantizar la sana competencia entre comerciantes involucrados en el comercio internacional.

Responsabilidad por negociar de mala fe

No obstante, el derecho a entablar negociaciones libremente y a decidir sobre los términos a negociar no es ilimitado, pues no debe contravenir al principio de la buena fe y lealtad negocial establecido en el art. 1.7. un supuesto especial de negociaciones de mala fe es el expresamente enunciado en el parágrafo (3) de este artículo, en el que la parte que comienza o continúa con las negociaciones no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte. Otros ejemplos son aquellos en que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que, dada la naturaleza de las partes y/o del contrato, debieron haber sido revelados. En cuanto al deber de confidencialidad, véase el art. 2.16.

La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (parágrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada "confiabilidad" (reliance) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo).

Ejemplos

"a" Se entera de la intención de "b" de vender su restaurante. "a" no tiene la intención de comprar dicho restaurante, pero entabla largas negociaciones con el único propósito de evitar que "b" le venda el restaurante a "c", un competidor de "a". "a" se retira de las negociaciones tan pronto como "c" ha comprado otro restaurante. "b" logra finalmente vender su restaurante a un precio menor que el ofrecido por "c". en este supuesto, "a" es responsable ante "b" por la diferencia de precio que éste pudo haber obtenido de haberle vendido el restaurante a "c".
"a", Quien se encuentra negociando con "b" la adquisición de equipo militar cuya venta es promovida por las fuerzas armadas del país de "b", se entera de que las autoridades de este país no otorgarán la licencia de exportación que es necesaria para que "b" pueda cobrar su comisión. "a" no revela este hecho a "b" y finalmente las partes celebrar un contrato, que no podrá ejecutarse debido a la carencia de licencias. "a" es responsable frente a "b "por los costos que éste ha incurrido después de que "a" se enteró de la imposibilidad de obtener la licencia requerida.
"a" Celebra largas negociaciones con una sucursal bancaria de "b" para tramitar un préstamo. En el último momento la sucursal revela que no tiene facultades para firmar y que la oficina matriz ha decidido no aprobar el contrato preparatorio. "a", quien podría haber obtenido el préstamo de cualquier otro banco, tiene derecho a recuperar los gastos producidos por las negociaciones y las ganancias que hubiera obtenido durante la demora que supone el otorgamiento del préstamo por otro banco.

3. Responsabilidad por retirarse de las negociaciones de mala fe

El derecho a romper las negociaciones también se encuentra sujeto al principio de buena fe y lealtad en los negociaciones. Una vez que una oferta ha sido hecha, ésta puede ser revocada dentro de los límites previstos en el art. 2.4.

aún antes de que esta etapa sea alcanzada, o dentro de un proceso de negociación que carece de una secuencia identificada en "oferta" y "aceptación", una parte puede perder el derecho a interrumpir las negociaciones abruptamente y sin justificación. En qué momento se llega al punto en que ya no es posible dar marcha atrás depende, por supuesto, de las circunstancias del caso, especialmente del grado de confiabilidad que una parte pueda obtener, como resultado de la conducta de la otra parte, de alcanzar un resultado positivo en las negociaciones, como así también depende de la cantidad de puntos relacionados con el futuro contrato sobre los cuales las partes ya han llegado a un acuerdo.

Ejemplo

"a" Asegura a "b" el otorgamiento de una franquicia si "b" adopta medidas idóneas para obtener experiencia y estar dispuesto a invertir us$ 150,000. Durante los dos años subsiguientes, "b" lleva a cabo importantes preparativos con miras a celebrar el contrato, siempre con la garantía de "a" que le otorgará la franquicia. cuando todo se encuentra listo para la firma del contrato, "a" le informa a "b" que debe invertir una suma sustancialmente mayor, a lo que "b" se niega. "b" tiene derecho a recuperar de "a" los gastos en que haya incurrido con miras a la celebración del contrato.

Artículo 2.16
(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Comentario

Las partes por lo general no se encuentran obligadas al deber de confidencialidad

Precisamente porque no existe un deber general de revelar información, al comenzar las negociaciones para la celebración de un contrato las partes tam-

poco se encuentran obligadas en principio a mantener la confidencialidad de la información que se hayan intercambiado. Dado que una parte es normalmente libre de decidir cuáles son los hechos pertinentes en una operación y qué revelar durante la negociación, dicha información por lo general debe considerarse como no confidencial, esto es, como información que la otra parte puede revelar a terceros o usar para sus propios fines si el contrato no se perfecciona.

Ejemplo

"a" Invita a "b" y " c", fabricantes de sistemas de aire acondicionado, a proporcionar ofertas para la instalación de sus sistemas. en sus ofertas, "b" y "c" pueden proporcionar algunos datos técnicos referentes al funcionamiento de sus respectivos sistemas a fin de destacar sus méritos. "a" decide rechazar la oferta de "b" y continuar las negociaciones únicamente con "c". "a" tiene plena libertad para usar la información proporcionada en la oferta de "b" con la finalidad de persuadir a "c" a proponer condiciones más favorables.

Información confidencial

Una parte puede tener interés en que cierta información no sea divulgada o usada para fines diferentes que los propuestos al ser proporcionada. En la medida que expresamente se declare que tal información debe ser considerada confidencial, queda claro que la otra parte tácitamente se obliga a tratarla como tal. El único problema que puede surgir es que si el período en que no se debe divulgar la información es demasiado largo, la prohibición de divulgarla podría contravenir las leyes aplicables que prohiben restricciones a las prácticas comerciales. Aún en ausencia de una manifestación expresa en este sentido, la parte que recibe la información puede encontrarse sujeta a un deber de confidencialidad. podría presentarse esta situación cuando, en vista a la especial naturaleza de la información o las calificaciones profesionales de las partes, sería contrario al deber de buena fe y lealtad negocial revelar o utilizar dicha información en provecho de la parte que la recibe después de interrumpir las negociaciones.

Ejemplos

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que "b" expresamente solicita a "a" no revelar ciertas especificaciones técnicas conte-

nidas en su oferta. "a" no puede usar dicha información en sus negociaciones con "c".

"a" Tiene interés en celebrar un contrato de asociación en participación con "b" o "c", dos líderes de la industria automotriz del país "x". Durante las negociaciones con "b", "a" recibe información detallada sobre los proyectos de "b" respecto a un nuevo diseño. Aunque "b" no haya solicitado expresamente que "a" trate dicha información como confidencial, "a" se encuentra obligado a no revelarla a "c", tomando en consideración de que se trata de un nuevo diseño. en el supuesto que las negociaciones no culminen en el perfeccionamiento de un contrato, tampoco puede "a" utilizar los proyectos de "b" en su propio proceso de producción.

Indemnización de daños y perjuicios

La violación del deber de confidencialidad entraña en primer lugar responsabilidad por los daños y perjuicios. El monto del resarcimiento puede variar, dependiendo de si las partes pactaron expresamente no revelar la información a terceros. Aún si la parte agraviada no ha sufrido daño alguno, podría reclamar de la otra parte los beneficios que esta última obtuvo al revelar la información a terceros o al usarla para su propio beneficio. En el caso de ser necesario, por ejemplo, la parte perjudicada podría solicitar una medida de no innovar, si la información aún no ha sido revelada o sólo se la ha revelado en parte.

Artículo 2.17
(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Comentario

Si la celebración del contrato se encuentra precedida de negociaciones relativamente prolongadas, las partes pueden desear que su acuerdo conste por escrito y declarar que dicho documento constituye su convenio definitivo. Esto se puede lograr mediante la redacción de una cláusula de "fusión" o

"integración" (v.gr. "este contrato incorpora en forma completa lo acordado por las partes"). Sin embargo, el efecto de dicha cláusula no es el de privar de toda significación a todas las declaraciones y los acuerdos previos, que podrían ser utilizados para interpretar lo escrito. véase también el art. 4.3(a).
Una cláusula de fusión obviamente incluye las declaraciones y acuerdos previos, y no afecta los eventuales e informales acuerdos que las partes puedan concluir después de perfeccionado el contrato. Las partes, sin embargo son libres de poder acordar que la fórmula aceptada también se extienda a futuras modificaciones del contrato. véase el art. 2.18.
Este artículo confirma de modo indirecto el principio establecido en el art. 1.2 en el sentido de que, en ausencia de una cláusula fusión, cualquier clase de pruebas que integren o contradigan el contrato escrito pueden ser aceptadas.

Artículo 2.18
(Cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea por escrito no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado en función de tales actos.

Comentario

Al celebrar un contrato por escrito, las partes pueden manifestar su deseo de que toda modificación o extinción del contrato también conste por escrito, incorporando una cláusula especial a tal efecto. Este artículo establece la regla de que dicha cláusula convierte en ineficaz toda modificación o extinción verbal. Esta regla rechaza la idea de que dicha modificación o extinción del contrato pudiera ser vista como una abrogación implícita de la cláusula que exige la forma escrita para modificar el contrato.
Sin embargo, este artículo prevee una excepción a la regla general, estableciendo que cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar la cláusula que exige la forma escrita para modificar el contrato cuando la otra parte hubiera actuado sobre la base de dichos actos.

Ejemplo

Un constructor, "a", celebra con el consejo directivo de una escuela, "b", un contrato para la construcción de un nuevo edificio escolar. En el contrato se prevé que el segundo piso del edificio deberá tener la suficiente capacidad de resistencia para albergar la biblioteca. No obstante que el contrato incorpora una cláusula que exige la forma escrita para su modificación, las partes posteriormente acuerdan verbalmente que el segundo piso no debe poseer la capacidad de resistencia originalmente acordada. "a" finaliza la construcción del edificio conforme a la modificación verbal, y "b", que ha observado toda la construcción sin ninguna objeción, al momento de la entrega se opone a la forma en que se ha construido el segundo piso. Un tribunal podría decidir que "b" no tiene derecho a valerse de la cláusula que exige la forma escrita para modificar el contrato, puesto que "a" pudo razonablemente confiar en la modificación verbal y por lo tanto no incurre en responsabilidad por incumplimiento.

Artículo 2.19
(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.20 al 2.22.
(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

Comentario

Contratación con cláusulas estándar

Este es el primero de cuatro artículos (art. 2.19 – 2.21) que tratan de la situación especial donde una o ambas partes utilizan cláusulas estándar.

Noción de cláusulas "estándar"

Por cláusulas estándar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte (parágrafo (2). Lo que es decisivo no

es su presentación formal (v.gr. si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo, utilizadas en formularios impresos o simplemente en la computadora, etc.), ni quién las ha elaborado (la parte misma, una asociación profesional o comercial, etc.), ni su extensión (si consisten en un conjunto de disposiciones que incluyen casi todos los aspectos pertinentes del tipo de contrato del que se trate, o si solo se refiere a una o dos disposiciones, por ejemplo, a la exclusión de responsabilidad y al arbitraje). Lo que sí es decisivo es que hayan sido predispuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra. Este último requisito se refiere solamente a las cláusulas estándar que la otra parte debe aceptar como un todo, por lo que no incluye a los otros términos del mismo contrato que pueden negociarse.

Aplicabilidad de las reglas generales a la formación del contrato

Las reglas generales sobre formación del contrato suelen ser aplicables independientemente de si una o ambas partes utilizan cláusulas estándar (parágrafo (1)). de lo que se sigue que las cláusulas estándar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación, y que depende de las circunstancias del caso si es necesario que ambas partes se refieren a las cláusulas estándar expresamente o tácitamente. Por lo tanto, las cláusulas estándar incorporadas al contrato escrito obligan a las partes por la simple firma del documento contractual entendido en su conjunto, por lo menos siempre que dichas cláusulas sean reproducidas en la parte superior de la firma y no, por ejemplo, si se encuentran al reverso del documento. por otro lado, si una parte desea utilizar cláusulas estándar incorporadas a otro documento deberán hacer una referencia expresa al mismo. La incorporación tácita de cláusulas estándar únicamente podrá ser aceptada sobre la base de las prácticas establecidas entre las partes o usos a tal efecto. véase el art. 1.8.

Ejemplos

"a" Desea celebrar un contrato de seguro con "b" para cubrir los riesgos de responsabilidad por los accidentes sufridos en el trabajo por los trabajadores de "a". las partes firman un formulario contractual presentado por "b", en el cual deben completarse los espacios en blanco que se refieren, entre otros puntos, a la prima y a la cobertura máxima asegurada. En virtud de su firma, "a" queda obligado no sólo por las cláusulas que ha negociado personalmente con "b",

sino también bajo las condiciones generales de contratación de la asociación nacional de aseguradores, que se encuentran impresas en el formulario.
"a" Suele celebrar contratos con sus clientes en base a sus propias cláusulas estándar impresas en un documento independiente. Al hacerle una oferta a "b," un nuevo cliente, "a" omite hacer referencia expresa a las cláusulas estándar. "b" acepta la oferta. Las cláusulas estándar no se consideran incorporadas al contrato a menos de que "a" pueda probar que "b" conocía o debía haber conocido la intención de "a" de celebrar el contrato únicamente en base a sus propias cláusulas estándar (v.gr. probando que dichas cláusulas estándar eran regularmente adoptadas en operaciones previas).
"a" Tiene el propósito de comprar granos en el mercado de londres. en un contrato que celebra con "b", un corredor en dicho mercado, no se hace ninguna referencia a las cláusulas estándar que normalmente regulan la actividad del corredor en los contratos celebrados en dicho mercado. Sin embargo, las cláusulas estándar se consideran incorporadas al contrato porque su aplicación a este tipo de contratos equivalen a un uso comercial.

Artículo 2.20
(Cláusulas sorpresivas)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.
(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Comentario

Invalidez de estipulaciones sorpresivas en las cláusulas estándar

Aquella parte que acepta las cláusulas estándar de la otra parte se encuentra, en principio, obligada por dichas cláusulas, independientemente de si realmente conocía su contenido en detalle o entendía todas sus implicaciones. Una excepción importante a esta regla general establecida en este artículo consiste en que no obstante la aceptación de tales cláusulas en su conjunto, la parte adherente no queda obligada por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha

parte. El motivo de esta excepción es el de evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas. En cuanto a otros artículos de los principios que tienen el propósito de proteger a una parte en virtud de su debilidad económica o inexperiencia, véanse los arts. 3.10 y 4.6.

Estipulaciones "sorpresivas" en virtud de su contenido

Lo sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula. Este sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate. Para determinar si una estipulación es inusual, debe tomarse en cuenta, por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por el otro lado, las negociaciones individuales entabladas entre las partes. Por ejemplo, para determinar si una estipulación destinada a excluir o limitar la responsabilidad contractual del proponente es o no "sorpresiva", y por lo tanto carecer de efectos en un supuesto determinado, dependerá de si este tipo de estipulaciones son comunes en el ramo comercial de que se trate y si son coherentes con las negociaciones mantenidas por las partes.

Ejemplo

"a", Un agente de viajes, ofrece planes de viajes con fines de negocios. las estipulaciones incorporadas en los anuncios dan la impresión de que "a" actúa como agente de viajes que asume total responsabilidad por los diversos servicios comprendidos en el plan de viaje. "b" reserva un tour en base a cláusulas estándar de "a". a pesar de que "a" aceptó las cláusulas en su conjunto, "a" no podría hacer valer una cláusula que expresa, con respecto a las comodidades de hostelería, que actúa simplemente como mandatario del hotel y, por lo tanto, no asume ninguna responsabilidad por dicho servicio.

Estipulaciones "sorpresivas" por su terminología o presentación

Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorpresiva para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográ-

ficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños. para determinar si este es el caso, debe tomarse en consideración no tanto la formulación y presentación comúnmente utilizada en este tipo de cláusulas estándar, sino sobre todo a la práctica profesional y la experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Así, una misma expresión puede resultar al mismo tiempo obscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar.

La terminología también es un factor que puede jugar un papel importante en el contexto de las operaciones internacionales. Si las cláusulas estándar son redactadas en un idioma extranjero, cabe contemplar que algunas de dichas cláusulas, aunque en sí mismas claras, pueden resultar sorpresivas para la parte adherente, de quien no podría razonablemente esperarse que aprecie todas sus implicaciones.

Ejemplos

"a", Una compañía aseguradora que opera en el país "x", es una filial de "b", una compañía del país "y". las cláusulas estándar de "a" incluyen 50 cláusulas impresas en carácter pequeño. una de dichas cláusulas designa como ley aplicable a la ley del país "y". Dicha cláusula carece de efectos a menos que haya sido impresa en caracteres de mayor relieve o sea presentada de manera idónea para atraer la atención de la parte adherente, puesto que los clientes en el país x no podrían razonablemente esperar en las cláusulas estándar de una empresa que opera en su propio país que una estipulación sujete el contrato a una ley extranjera.

"a", Un vendedor de mercaderías que opera en hamburgo, utiliza para los contratos con sus clientes cláusulas estándar que establecen, entre otras disposiciones, lo siguiente: "hamburg – freundschaftliche arbitrage". en el ambiente de negocios del lugar, se entiende que dicha cláusula significa que toda eventual controversia deberá someterse a un arbitraje especial que se rije por normas procesales de origen local. Esta cláusula podría carecer de efectos en contratos con clientes extranjeros, a pesar de la aceptación de las cláusulas estándar en su conjunto, dado que no puede esperarse razonablemente que un cliente extranjero entienda todas sus implicaciones independientemente de si dicha cláusula ha sido traducida a su propio idioma.

Aceptación expresa de estipulaciones "sorpresivas"

El riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas estipulaciones no se presenta si éstas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte. tampoco existe dicho riesgo si, en el caso concreto, la parte que redactó dichas cláusulas llama la atención de la parte adherente acerca de cierto punto y ésta lo acepta. Este artículo, por lo tanto, expresa que una parte no podrá valerse de lo "sorpresivo" de una estipulación cuando la ha aceptado expresamente.

Artículo 2.21
(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

Comentario

Por lo general, las cláusulas estándar son preparadas con anticipación por una de las partes e incorporadas al contrato sin que su contenido sea objeto de discusión entre las partes (véase el art. 2.19(2)). Resulta lógico por lo tanto, que cuando las partes negocian específicamente algunas disposiciones del contrato, tales disposiciones prevalezcan por encima de aquellas cláusulas estándar que disponen otra cosa, ya que es más probable que las primeras reflejen la intención de las partes acerca del punto en cuestión.

Aquellas disposiciones que han sido negociadas individualmente podrían aparecer en el mismo documento que las cláusulas estándar, pero también podrían encontrarse en otro documento. En el primer supuesto sería fácil reconocerlas cuando se encuentren impresas de manera diferente que las cláusulas estándar. En el segundo supuesto puede ser más difícil distinguir entre cláusulas estándar y las que no lo son, como tampoco sería fácil determinar la jerarquía entre los diversos documentos.

Otros tipo de problemas podrían surgir cuando las modificaciones a las cláusulas estándar han sido convenidas verbalmente, sin que las disposiciones en conflicto incorporadas a las cláusulas estándar hayan sido eliminadas, y dichas cláusulas incluyan una disposición indicando el carácter exclusivo del documento firmado por las partes, o que todo añadido o modificación al conteni-

do de dichas cláusulas debe hacerse por escrito para este tipo de supuestos, véanse los arts. 2.17 y 2.18.

Artículo 2.22
(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

Comentario

Partes que utilizan cláusulas estándar que difieren entre sí

Es bastante frecuente en las operaciones mercantiles, tanto cuando el oferente formula su oferta como cuando el destinatario la acepta, que cada uno se refiera a sus propias cláusulas estándar. Ante la falta de aceptación expresa por parte del oferente, de las cláusulas estándar que ha incorporado el destinatario, cabe determinar si se ha perfeccionado un contrato y, en caso afirmativo, cuál de ambos conjuntos de cláusulas estándar es el que debe prevalecer.

"Intercambio de formularios" y las reglas generales sobre oferta y aceptación

Si las reglas generales sobre oferta y aceptación fueran aplicadas, no existiría contrato ya que la supuesta aceptación del destinatario estaría sujeta a la excepción prevista en el art. 2.11(2). En este caso, esta supuesta aceptación equivale a una contraoferta, o si las dos partes han comenzado a cumplir sus obligaciones, sin refutarse mutuamente sus cláusulas estándar, podría considerarse que el contrato se ha perfeccionado conforme a las cláusulas del que las envió por última vez, o a las que se hizo referencia por última vez (el "último disparo").

La doctrina del "knock-out"

La doctrina del "último disparo" puede resultar apropiada si las partes claramente indican que la adopción de sus cláusulas estándar es una condición

esencial para el perfeccionamiento del contrato. en cambio si las partes, como es bastante frecuente en la práctica, hacen referencia a sus cláusulas estándar de manera relativamente mecánica, como cuando intercambian órdenes de pedido y acuses de recibo impresos que incluyen sus respectivas cláusulas estándar al reverso, sin siquiera advertir el conflicto que existe entre dichas cláusulas, no hay razón para permitir que las partes posteriormente cuestionen la existencia del contrato, o, si han comenzado a cumplir sus obligaciones, para permitir que insistan en la aplicación de las cláusulas que fueron enviadas, o a las que se hizo referencia en último lugar.
Es por esta razón que, no obstante las reglas generales sobre oferta y aceptación, este artículo expresa que si las partes llegan a un acuerdo excepto con respecto a sus cláusulas estándar, el contrato se considera perfeccionado conforme a aquellos términos que han sido acordados y conforme a cualquier cláusula que sea sustancialmente común para ambas partes (doctrina "knock-out")

Ejemplo

"a" Solicita una máquina a "b" indicando el modelo, precio y demás condiciones de pago, así como la fecha y lugar de entrega. "a" utiliza un formulario con sus "condiciones generales de compra" impresas al reverso. "b" acepta enviándole un formulario en el que acusa recibo del pedido, en cuyo reverso aparecen sus propias "condiciones generales de venta". posteriormente, "a" intenta retirarse del negocio alegando que no se ha perfeccionado ningún contrato, ya que no se llegado a un acuerdo acerca de las cláusulas estándar que deben aplicarse. Sin embargo, dado que las partes ya habían acordado sobre los términos esenciales del contrato, el contrato se considera perfeccionado en base a dichos términos y en base a las cláusulas estándar que son sustancialmente comunes para ambas partes.

Una parte siempre puede impedir la aplicación de la doctrina "knock out" si lo indica claramente y con anticipación, o si informa a la otra parte con posterioridad y sin demora injustificada, que no desea quedar obligada por un contrato que no se ha perfeccionado conforme a sus propias cláusulas estándar. No es posible anticipar de manera absoluta qué debe considerarse en la práctica por indicar "claramente" que no tiene el propósito de quedar obligada. Empero, generalmente no será suficiente incluir este tipo de cláusula dentro de las mismas cláusulas estándar, puesto que lo que se necesita es una manifestación específica de la parte a quien atañe su oferta o aceptación.

Ejemplos

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que "a" aduce que el contrato se perfeccionó en base a sus propias cláusulas estándar, ya que ellas incluyen una disposición que expresa: "toda desviación en las cláusulas estándar de la parte aceptante carece de validez a menos sea confirmada por escrito por nosotros". El resultado es el mismo que en el ejemplo 1, ya que simplemente por incluir este tipo de estipulación en sus cláusulas estándar, "a" no indica con suficiente claridad su determinación de celebrar el contrato solamente bajo la condición de que sea bajo sus propias cláusulas.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que las cláusulas no-estándar de la oferta de "a" contienen una disposición en el sentido de que "a" tiene el propósito de celebrar el contrato únicamente conforme a sus propias cláusulas estándar. el simple hecho de que "b" adjunte sus propias cláusulas estándar a su aceptación no impide que el contrato se considere perfeccionado conforme a las cláusulas estándar proporcionadas por "a".

Capítulo 3

Validez

Artículo 3.1
(Cuestiones excluidas)

Estos principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

(a) falta de capacidad;
(b) falta de legitimación;
(c) inmoralidad o ilegalidad.

Comentario

Este artículo deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad la complejidad inherente a cuestiones

relativas al estado de las personas, representación y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los principios. En consecuencia, materias como la validez de actos "ultra vires", la legitimación de un mandatario para obligar a su mandante, la legitimación de los administradores para obligar a la sociedad y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continuarán siendo materias reguladas por la ley aplicable.

Artículo 3.2
(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Comentario

La finalidad de este artículo es dejar claro que el mero acuerdo de las partes es suficiente para que un contrato quede perfeccionado, modificado o extinguido válidamente, sin necesidad de otros requisitos que suelen exigirse bajo el derecho interno.

Innecesariedad de "consideration"

En los países de tradición jurídica anglosajona, la llamada "consideration" es un requisito indispensable para la validez y ejecución de un contrato, así como para su modificación o extinción por las partes.

En el tráfico mercantil este requisito tiene una importancia mínima, ya que en este contexto las obligaciones casi siempre son contraídas por ambas partes. Esta es la razón por la que el art. 29(1) de cisg libera del requisito de "consideration" a la modificación y extinción del contrato de compraventa internacional de mercaderías. La extensión de este principio a la celebración, modificación y extinción, por acuerdo de las partes, de todos los contratos mercantiles internacionales ofrece mayor certeza y disminuye las controversias.

Innecesariedad de la "causa"

Este artículo también excluye el requisito de la causa, existente en algunos países de tradición jurídica romanista y que para efectos prácticos funciona de manera muy similar a la consideration del sistema anglosajón.

Ejemplo

"a", Un cliente francés del banco parisino "b", solicita una garantía a primera demanda (guarantee on first demand) en favor de "c", un socio de "a" en inglaterra. ni "b" ni "a" pueden alegar la posible ausencia de "consideration" o de causa en esta garantía.

No obstante, se debe hacer notar que este artículo no se ocupa de los efectos que derivan de otros aspectos de la causa, tales como la ilegalidad. véase el comentario 2 al art. 3.3.

Todos los contratos son consensuales

Algunos sistemas jurídicos de tradición romanista mantienen algunas especies de contratos "reales", esto es, contratos que sólo se perfeccionan como tales al momento en que la cosa ha sido entregada. Este tipo de enfoque jurídico no resulta fácilmente compatible con una concepción moderna de los negocios y con la agilidad que requiere el tráfico comercial, de ahí que se le excluya en el presente artículo.

Ejemplo

Dos comerciantes franceses, "a" y "b," convienen en otorgar a "c", un comerciante que se dedica al negocio de bienes inmuebles, un préstamo de 300,000 francos franceses que se hará efectivo el 2 de julio. El 25 de junio "a" y "b" comunican a "c" que, de forma imprevista, ellos necesitan el dinero para sus propios negocios. "c" tiene derecho a recibir el préstamo, a pesar de que en virtud del derecho francés el contrato de préstamo es generalmente considerado un contrato "real".

Artículo 3.3
(Imposibilidad inicial)

(1) no afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.
(2) tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

Comentario

Cumplimiento imposible desde el inicio

Contrariamente a lo establecido en numerosos sistemas jurídicos, que consideran nulo un contrato de compraventa si han perecido los bienes objeto del contrato al momento de su celebración, el parágrafo (1) de este artículo, de acuerdo con las tendencias más modernas, establece en términos generales que la validez del contrato no se ve afectada por el hecho de que en el momento de celebrarse la obligación contraída sea de cumplimiento imposible.

Un contrato es válido aun cuando los bienes a los que se refiere hayan perecido al momento de contratar, con la consecuencia de que la imposibilidad originaria de cumplimiento se equipara a la imposibilidad que se presenta después de la celebración del contrato. Los derechos y obligaciones que surgen por la imposibilidad de cumplimiento de alguna o de ambas partes se determinarán de acuerdo a las normas sobre el incumplimiento. Conforme a estas disposiciones podría tenerse en cuenta, por ejemplo, al hecho de que el deudor o el acreedor conocieran la imposibilidad de cumplimiento en el momento de celebrarse el contrato.

La norma establecida en el parágrafo (1) también despeja las dudas relativas, por ejemplo, a la validez de los contratos en el supuesto de entrega de cosas futuras.

Si la imposibilidad inicial de cumplimiento se debe a una prohibición legal (v.gr. a una prohibición de exportación o de importación), la validez del contrato dependerá de si, conforme al derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato.

El parágrafo (1) también se aparta de algunos sistemas de tradición jurídica romanista que establecen el requisito de que el objeto del contrato sea posible. Este parágrafo también discrepa con la exigencia de causa establecida por estos sistemas jurídicos, ya que en el supuesto de una imposibilidad inicial de cumplimiento falta la causa de la contraprestación. véase el art. 3.2.

Ausencia de legitimación

El segundo parágrafo de este artículo trata de los supuestos en los que la parte obligada a transferir el dominio o entregar los bienes no se encuentra legitimada o no tiene el derecho de disponer de los mismos en el momento de celebrarse el contrato.

Algunos sistemas jurídicos establecen la nulidad de un contrato de compraventa celebrado bajo tales circunstancias. Como en el caso de la imposibilidad inicial, y en base a razones más convincentes, el parágrafo (2) de este artículo considera que dicho contrato es válido. Además, la parte contratante puede, y de hecho frecuentemente así sucede, adquirir la legitimación o el poder de disposición sobre dichos bienes con posterioridad a la celebración del contrato. si esto no sucede, se aplicarán las disposiciones sobre incumplimiento.

La falta de legitimación o ausencia de poder de disposición debe distinguirse de la falta de capacidad. En este último caso se trata de la incapacidad de una persona que puede afectar a todos o al menos a cierto tipo de contratos celebrados por ella, tema que queda fuera del ámbito de los principios. véase el art. 3.1(a).

Artículo 3.4
(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

Comentario

Error de hecho y error de derecho

Este artículo equipara el error de hecho al error de derecho. la asimilación jurídica de ambos tipos de error encuentra justificación en la creciente complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos. Las dificultades originadas por esta complejidad se acrecientan en el tráfico transfronterizo, debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado.

Momento en el que debió existir el error

Este artículo se refiere al error que implica una concepción equivocada de los hechos o de las circunstancias jurídicas existentes en el momento de celebrarse el contrato.

La fijación de este elemento temporal obedece a la necesidad de diferenciar los supuestos en que se aplican las normas del error de aquellos otros en que se deberán ejercer las acciones por incumplimiento. En efecto, muchas veces un caso típico de error puede ser considerado como un obstáculo que evita

o impide el cumplimiento del contrato. se aplican las reglas del error si una parte ha celebrado un contrato bajo una falsa concepción de los hechos o del contexto jurídico, y por lo tanto, se equivoca acerca de los efectos del contrato. Si, por el contrario, una parte ha tenido una acertada concepción de las circunstancias fácticas y jurídicas en las que se celebró el contrato, pero incurre en un juicio equivocado acerca de sus efectos y más tarde se niega a cumplirlo, en este supuesto se trata de un caso de incumplimiento más que de error.

Artículo 3.5
(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

(a) La otra parte incurrió en el mismo error,

o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato.

No obstante, una parte no puede anular un contrato si: ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

Comentario

Este artículo establece los requisitos necesarios para que el error constituya una causa de anulación del contrato. La introducción del parágrafo (1) señala los requisitos que ha de reunir el error para ser considerado grave y ser, en consecuencia, tenido en cuenta. Los parágrafos (1)(a) y (1)(b) añaden los requisitos relacionados con la contraparte de quien pretende anular el contrato. El parágrafo (2) se refiere a los requisitos que atañen a la parte que incurre en error.

Error grave

El error, para ser causa de anulación, debe ser grave. el peso e importancia del error deben valorarse combinando criterios objetivos/subjetivos, o sea, debe determinarse lo que "una persona razonable, colocada en la misma situación que la persona que incurre en error" hubiera hecho de haber conocido las verdaderas circunstancias en el momento de celebrarse el contrato. Si dicha persona no hubiera celebrado ningún contrato, o, de haberlo hecho, hubiera estipulado cláusulas sustancialmente diferentes, entonces, y sólo entonces, el error será considerado grave.

En este contexto, la parte introductoria del parágrafo (1) recurre a una fórmula abierta en lugar de indicar los elementos esenciales del contrato sobre los que debe recaer el error. Este criterio flexible hace una referencia directa a la voluntad de las partes y a las circunstancias del caso. para averiguar la intención de las partes se deben aplicar las normas de interpretación del contrato establecidas en el capítulo 4. los parámetros mercantiles y los usos pertinentes cobrarán especial importancia.

Normalmente, ciertos errores, tales como los que versan sobre el valor de los bienes o servicios o las meras expectativas o propósitos de la parte que ha incurrido en error, no se consideran relevantes en las operaciones mercantiles. Lo mismo puede decirse del error que se refiere a la identidad de la persona con quien se contrata o a sus cualidades personales, aunque en algunos casos, circunstancias especiales pueden convertir el error en determinante (v.gr. cuando los servicios que deben prestarse requieren de cierta cualidad personal, o cuando el préstamo se otorga en base a la solvencia del prestatario).

El hecho de que una persona razonable hubiera incurrido en error es un elemento necesario pero no suficiente, ya que para que el error sea determinante deben concurrir otros requisitos relacionados con la parte equivocada y con la otra parte.

Condiciones relativas a la contraparte de quien ha incurrido en error

La parte que incurrió en error sólo podrá anular el contrato si se satisface uno de los cuatro requisitos señalados en el parágrafo (1).

Los tres primeros requisitos indicados en el parágrafo (1)(a) tienen en común el hecho de que la contraparte parte de quien incurre en error no merece protección, porque de una u otra forma ha contribuído al error de la parte equivocada. La primera condición es que ambas partes incurran en el mismo error.

Ejemplo

Al celebrar un contrato de compraventa de un automóvil deportivo, "a" y "b" no tenían conocimiento – y no podrían haberlo tenido – de que en ese momento el automóvil había sido robado. En este caso es admisible la anulación del contrato.

Sin embargo, si las partes creían erróneamente que el objeto del contrato existiría al momento de celebrarse éste, mientras que en realidad ya había sido destruido, se deberá tomar en consideración el art. 3.3.

La segunda condición es que el error de la parte equivocada sea causado por la otra parte. Este supuesto suele presentarse cuando el error se origina en manifestaciones concretas – expresas o tácitas, culposas o no culposas – o en un comportamiento que en determinadas circunstancia puede ser considerado como una manifestación. Incluso el silencio puede dar lugar a error. generalmente sería tolerada una simple exageración en la propaganda o en el curso de las negociaciones.

Si el error fue causado intencionadamente, se aplicará lo dispuesto en el art. 3.8.

La tercera condición es que la contraparte de quien incurre en error conocía o debía haber conocido el error en que ésta se encontraba y resultaba contrario a criterios razonables de lealtad comercial mantener a la otra parte en el error. Lo que la contraparte de quien incurre en error "conocía o debió haber conocido" es lo que conocía o debió haber conocido una persona razonable en circunstancias similares. Para poder anular el contrato, la parte equivocada debe demostrar además que la otra tenía la obligación de informarle de su error.

La cuarta condición, que se establece en el parágrafo (1)(b), es que la contraparte de quien incurre en el error no haya actuado, en el momento de anular el contrato, en base a lo dispuesto en dicho contrato. en cuanto al momento de la anulación, véanse los arts. 3.15 y 1.9.

Condiciones relativas a la parte que incurrió en error

El parágrafo (2) del presente artículo señala dos casos en los que la parte que incurrió en error no puede anular el contrato.

Del primero de ellos se ocupa el parágrafo (2)(a) y se refiere al error debido a la culpa grave de la parte que lo alega. En esta hipótesis sería injusto para la otra parte permitir que quien por su culpa incurrió en error pudiera anular el contrato.

El parágrafo (2)(b) contempla la situación en la que la parte que alega la existencia del error había asumido el riesgo de su acaecimiento o, tomando en consideración las circunstancias, dicho riesgo debería ser soportado por dicha parte. La asunción del riesgo de error es una práctica frecuente que caracteriza a los contratos de especulación. Una parte puede celebrar un contrato con la expectativa de que se confirmen los hechos que ha presumido dar por ciertos, a pesar de lo cual puede asumir el riesgo de que dichos hechos no se produzcan. En tal supuesto, no podrá anular el contrato invocando dicho error.

Ejemplo

"a" Vende a "b" una pintura "atribuida" a "c", un pintor relativamente desconocido, por un precio justo para dichas pinturas. Posteriormente se descubre que dicha obra fue pintada por el famoso pintor "d". "a" no puede anular el contrato con "b" en base a un supuesto error, dado que el hecho de que la pintura fuese tan sólo "atribuida" a "c" implicaba, sin embargo, el riesgo de que hubiese sido pintada, sin embargo, por un pintor más famoso.

A veces ambas partes asumen un riesgo. sin embargo, los contratos de especulación que implican expectativas antagónicas acerca de lo que ocurrirá en el futuro (v.gr. las relativas a precios y tipos de cambio) no podrán anularse alegando error, ya que al momento de celebrarse el contrato no existía tal error.

Artículo 3.6
(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Comentario

Este artículo equipara el error en la expresión o en la transmisión de una declaración con el error ordinario en que incurre una persona al hacer una declaración o al enviarla. En ambos supuestos se aplicarán las reglas del art. 3.5 y de los arts. 3.12 a 3.19.

Error determinante

Si el error en la expresión o en la transmisión posee entidad suficiente (especialmente si deriva en una expresión incorrecta de cifras), el receptor de dicha transmisión será – o debería ser – consciente del error. Como los principios no impiden al receptor/destinatario aceptar una oferta transmitida o expresada erróneamente, corresponde al remitente/oferente alegar el error y anular el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 3.5 cuando concurran las condiciones requeridas. Esta medida procederá especialmente cuando sea contrario a criterios comerciales razonables de lealtad negocial que el receptor/destinatario no informe del error al remitente/oferente.

En ciertos casos, el riesgo de error puede ser asumido, o debe ser atribuído al remitente, si éste recurre a un método de transmisión que sabe, o debiera haber sabido, que no era confiable en general o conforme a las circunstancias concretas del caso.

Ejemplo

"a" Es un potencial cliente italiano de "b", un estudio jurídico inglés. "a" solicita una consulta jurídica a "b" y éste contesta mediante un telegrama, en el que se indica que sus honorarios por hora son de "150 libras esterlinas". sin embargo, el mensaje entregado por "b" a la oficina inglesa de telégrafos expresaba "250 libras esterlinas". Como es un hecho muy conocido que con frecuencia los números en los telegramas son transmitidos erróneamente, se considera que "b" debe asumir el riesgo y no le es permitido alegar el error en la transmisión, aun cuando concurran las condiciones del art. 3.5.

"Errores" por parte del destinatario

La transmisión finaliza tan pronto como el mensaje llegue al destinatario. véase el art. 1.9

Si el mensaje ha sido correctamente transmitido, pero el destinatario mal interpreta erróneamente su contenido, el supuesto se encuentra fuera del ámbito del presente artículo.

Si el mensaje ha sido correctamente transmitido a la máquina del destinatario, pero ésta, debido a fallos técnicos, imprime sólo una parte del texto, el supuesto también se encuentra fuera del ámbito de aplicación de este artículo. Este artículo tampoco se aplica a aquellos supuestos en los que un mensajero del

destinatario recibe, a petición de éste, un mensaje oral, mensaje que no es comprendido cabalmente por el mensajero o que es transmitido erróneamente.
En las dos situaciones antes citadas, el destinatario puede alegar su propio error conforme al art. 3.5, en el caso de que responda al remitente en base a su entendimiento del mensaje recibido y siempre que se reúnen las condiciones del art. 3.5.

Artículo 3.7
(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Comentario

Preferencia por los derechos y remedios por incumplimiento

Este artículo tiene el propósito de resolver el conflicto que puede surgir entre hacer valer los derechos y remedios relativos a la anulación del contrato en virtud del error o hacer valer los derechos y remedios por incumplimiento. En caso de conflicto debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad.

Conflictos reales y potenciales

Un conflicto real es el que se presenta entre los derechos y remedios por error y aquellos que surgen del incumplimiento, siempre que ambos conjuntos de derechos y remedios se aleguen en base a lo que, en esencia, son los mismos hechos.

Ejemplo

"a", Un granjero, encuentra una taza mohosa en la tierra y se la vende a "b", un comerciante de arte, por 100,000 chelines austríacos. El alto precio se debe a la creencia compartida por ambas partes de que se trata de una taza de plata (otros objetos de plata habían sido encontrados previamente en el mismo terreno). El objeto es posteriormente pulido a fondo y resulta que se trata de

una taza de hierro cuyo valor es sólo de 1,000 chelines. "b" se niega a aceptar la taza y pagar el precio, por carecer el objeto del contrato de las propiedades asumidas por ambas partes. "b" decide anular el contrato en razón del error en la calidad de la taza. "b" sólo se encuentra facultado para ejercitar los derechos y remedios que surgen del incumplimiento.

Puede ocurrir que el conflicto entre ambos grupos de derechos y remedios se presente sólo en forma potencial, debido a que la parte que incurrió en error podría pretender el remedio de incumplimiento y daños y perjuicios, pero se encuentra impedido para hacerlo por alguna circunstancia, tal como la prescripción de la acción. También en este supuesto se aplica este artículo, con la consecuencia de que no podrá ejercerse la acción de anulación en base al error.

Artículo 3.8
(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Comentario

Dolo y error la anulación de un contrato por dolo guarda alguna semejanza con la nulidad por cierta clase de error. El dolo puede ser considerado un supuesto de error causado por la otra parte. El dolo, como el error, puede incluir manifestaciones, expresas o tácitas, de hechos falsos u ocultamiento de hechos ciertos.

Concepto de dolo

La distinción más importante entre el dolo y el error radica en la naturaleza y fin de las maniobras u ocultamientos de la parte que comete el dolo. La víctima del dolo se encuentra habilitada para anular el contrato en base a las manifestaciones "dolosas" o al ocultamiento de hechos relevantes. Dicha conducta es dolosa al pretender inducir a error a la otra parte obtener, por ello, cierta ventaja en detrimento de dicha parte. El carácter reprochable de la conducta dolosa es razón suficiente para anular el contrato, sin necesidad de que concurran los

requisitos adicionales establecidos en el art. 3.5 para que el error se considere determinante.
Las meras exageraciones típicas de la propaganda o negociaciones no son suficientes para configurar un supuesto de dolo.

Artículo 3.9
(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Comentario

Este artículo permite la anulación del contrato por causa de amenaza.
La amenaza debe ser inminente y grave

La amenaza por sí misma no basta. debe ser tan inminente y grave como para que a la persona que la sufre no le quede otra alternativa razonable que celebrar el contrato con las cláusulas propuestas por la otra parte. La inminencia y la gravedad de la amenaza debe valorarse con criterios objetivos, tomando en cuenta las circunstancias concretas de cada caso.

Amenaza injustificada

La amenaza, además, debe ser injustificada. la segunda parte del presente artículo señala, a modo de ejemplo, dos supuestos de amenaza injustificada: el primero se refiere al caso de que la acción u omisión con la cual el promitente ha sido amenazado sea intrínsecamente ilícita (v.gr. una agresión física). El segundo se refiere, en cambio, a una situación en donde el hecho u omisión con el cual el promitente ha sido amenazado es intrínsecamente lícito, pero la finalidad con la cual se lleva a cabo es ilícita (v.gr. ejercer una acción judicial con el único propósito de que la otra parte celebre el contrato con las cláusulas propuestas).

Ejemplo

"a", Quien ha incurrido en mora en un contrato de mutuo, es amenazado por "b", el mutuante, con un litigio para cobrar el dinero. La única finalidad perseguida por "b" al ejercer dicha amenaza es celebrar, en términos notoriamente ventajosos, un contrato de arrendamiento de la bodega de "a". "a" firma el contrato de arrendamiento, pero tiene la facultad de anularlo.

Amenaza que afecta a la reputación comercial o a los intereses económicos

A los efectos de este artículo, la amenaza no tiene que ser necesariamente ejercida contra una persona o sus bienes; puede también afectar la reputación comercial o los intereses puramente económicos.

Ejemplo

Ante la amenaza de los jugadores de un equipo de baloncesto de declararse en huelga si no se les ofrece una mayor compensación por ganar los cuatro partidos restantes de la temporada, el dueño del equipo acepta pagarles la compensación solicitada. El propietario está facultado para anular el nuevo acuerdo con los jugadores, ya que si la huelga hubiera estallado, el equipo hubiera pasado automáticamente a una categoría inferior. En este supuesto, la amenaza estaba dirigida a afectar en forma grave e inminente tanto la reputación como la posición económica del club.

Artículo 3.10
(Excesiva desproporción)

1)Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
b) la naturaleza y finalidad del contrato.

2) a petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.
3) el tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del artículo 3.13(2).

Comentario

Ventaja excesiva

Esta disposición permite a una de las partes anular el contrato en los casos de excesiva desproporción de las prestaciones que resulta en una ventaja injustificada y excesiva para la otra.
La ventaja excesiva debe presentarse en el momento de celebrarse el contrato, ya que de surgir después, el contrato podría modificarse o extinguirse de acuerdo a lo prescrito en el capítulo 6, sección 2.
La expresión ventaja "excesiva" denota que, para permitir la anulación o adaptación del contrato bajo este artículo, no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones. Lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable.

Ventaja injustificada

No basta que la ventaja sea excesiva; debe ser también injustificada. para poder afirmar que una ventaja es injustificada se deben valorar todas las circunstancias del caso. El parágrafo (1) del presente artículo se refiere a dos aspectos concretos que merecen una especial atención.

a) Posición negociadora desigual

El primer factor es que una de las partes se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica, necesidades apremiantes, falta de previsión, ignorancia, ligereza, inexperiencia o falta de aptitud negociadora de la otra parte (parágrafo (1)(a)). en lo referente a la dependencia de una parte

frente a la otra, no es suficiente por sí misma que una de las partes mantenga una posición negociadora dominante en razón de las condiciones del mercado.

Ejemplo

"a", Dueño de una planta automotriz, vende una anticuada cadena de producción a "b", una entidad gubernamental de un país ansioso de montar su propia industria automotriz. sin recurrir a maniobra alguna en cuanto a la eficacia de la cadena de producción, "a" logra fijar un precio manifiestamente excesivo. "b" podría anular el contrato al descubrir que ha pagado una suma acorde con la adquisición de una cadena de producción mucho más moderna.

b) Naturaleza y finalidad del contrato

El segundo factor al que se debe prestar especial atención es el tipo y finalidad del contrato. Existen situaciones en las que una ventaja excesiva es injustificada, aun cuando el beneficiario de dicha ventaja no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte.

La determinación de este supuesto dependerá de la naturaleza del contrato y su finalidad. Así, una cláusula del contrato que establezca un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercaderías o en los servicios, podrá ser considerada una ventaja excesiva para el vendedor o prestador de servicios dependiendo de la especie de mercaderías o servicios de que se trate. De la misma manera, la comisión cobrada por un agente comercial, establecida en base a un porcentaje del precio de las mercaderías vendidas o servicios prestados, podría justificarse por la contribución sustancial prestada por dicho agente para celebrar las operaciones, o porque el valor de las mercaderías o servicios no es muy alto, pero podría significar una ventaja excesiva en favor de dicho agente si su participación en dichas operaciones ha sido insignificante, o si el valor de las mercaderías o servicios llegara a ser extremadamente elevado.

c) Otros factores

Puede ser necesario tomar otros factores en consideración, tales como los parámetros éticos que prevalecen en una determinada rama del comercio.

Anulación o adaptación

La anulación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas se rige por las reglas generales establecidas en los arts. 3.14-3.18.

Sin embargo, de acuerdo con el parágrafo (2) de este artículo, el tribunal, a petición de la parte legitimada para anular el contrato, podrá adaptar el contrato o alguna de sus cláusulas a fin de ajustar las prestaciones a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. De la misma forma, de acuerdo con el parágrafo (3), la parte que recibió una notificación de anulación también podrá solicitar el reajuste de las prestaciones, siempre y cuando inmediatamente después de recibir la notificación, informe en tal sentido a la parte impugnante y esta última no haya actuado todavía de acuerdo con la notificación de anular el contrato.
En el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el procedimiento a seguir, el tribunal deberá decidir si se anula o adapta el contrato, y, en este último caso, en qué términos ha de realizarse la adaptación.
Si la parte legitimada para anular el contrato pide únicamente su adaptación, bien al enviar su notificación, bien con posterioridad, dicha parte pierde su derecho a anular el contrato. véase el art. 3.13(2).

Artículo 3.11
(Terceros)

1) cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.
2) cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía de conformidad con lo previsto en el contrato.

Comentario

Este artículo se refiere a situaciones, bastante frecuentes en la práctica, en las que un tercero ha participado o interferido en las negociaciones y el motivo de la anulación es imputable, en un sentido o en otro, a dicho tercero.
Tercero por quien una parte es responsable

El primer parágrafo trata de los casos en que el dolo, la intimidación, la excesiva desproporción o el error de una de las partes son imputables a un terce-

ro, por cuyos actos debe responder la otra parte. este parágrafo también se ocupa de supuestos en los que el tercero, sin haber causado el error, conocía o debió conocer dicho error. Existe una gran variedad de situaciones en las que una parte debe responder de los actos de un tercero, incluyendo aquéllas en que dicho tercero es un mandatario de la parte en cuestión, y aquellas otras en que el tercero actúa por su propia iniciativa en beneficio de esa parte. En todos estos casos parece justificado imputar a dicha parte la conducta o el conocimiento, real o ficticio, del tercero, con independencia de que la parte en cuestión conociera en realidad lo realizado por dicho tercero.

Hecho de tercero por quien no se responde

El parágrafo 2) trata de los casos donde la parte que ha sufrido dolo, amenazas, o ha sido de cualquier otra forma indebidamente influenciado por un tercero de cuyos actos la otra parte no es responsable. Dichos actos se podrían imputar a este último sólo en caso de que tuviera conocimiento de ellos o debiera haberlos conocido.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla: el que haya sufrido el dolo, amenaza o cualquier otra influencia indebida tiene derecho a anular el contrato, aún cuando la otra parte no tuviera conocimiento del comportamiento del tercero, siempre que en el momento de anular el contrato dicha parte no hubiera actuado en función de lo dispuesto en el contrato mismo. Esta excepción está justificada, ya que en tal caso la otra parte no necesita de protección.

Artículo 3.12
(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

Comentario

Conforme a esta disposición, la parte facultada para anular el contrato puede confirmarlo expresa o tácitamente.

Para que se presente un supuesto de confirmación tácita, no basta, por ejemplo, con que la parte legitimada para anular el contrato entable una demanda

por incumplimiento frente a la otra parte. sólo podrá presumirse la confirmación del contrato cuando la otra parte haya tenido conocimiento de la demanda o cuando haya prosperado la acción.
También existirá confirmación si la parte facultada para anular el contrato continúa cumpliéndolo sin reservarse el derecho de anularlo.

Artículo 3.13
(Pérdida del derecho a anular el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar de conformidad con la notificación de anulación.
(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

Comentario

Cumplimiento del contrato tal como lo entendió la parte que incurrió en error

De acuerdo con este artículo, se le puede impedir a la parte que incurrió en error que anule el contrato si la otra parte expresa su voluntad de cumplir o cumple el contrato de la manera en que lo entendió la parte equivocada. El interés de la otra parte en actuar de esta forma radica en su preferencia por los beneficios del contrato, aun bajo la versión modificada.
Esta preocupación por salvaguardar el interés de la otra parte sólo se justifica en el caso de error, no así en los otros casos de consentimiento viciado (amenazas o dolo), en los que raramente cabe esperar que las partes deseen convalidar el contrato.

La decisión debe ser inmediata

La otra parte debe manifestar su voluntad de cumplir, o cumplir las obligaciones que deriven de la versión modificada del contrato, tan pronto como sea

informada de la manera en que la parte que incurrió en error entendió los términos del contrato. La forma en que la otra parte recibe la información acerca del entendimiento erróneo de los términos del contrato dependerá de las circunstancias del caso.

Pérdida del derecho a la anulación El parágrafo (2) establece expresamente que la facultad de anular el contrato se extingue después de que la parte que desea cumplir el contrato haya expresado su voluntad de cumplir o lleve a cabo el cumplimiento de sus obligaciones, careciendo de efecto toda notificación de anulación cursada con anterioridad.

Al contrario sensu, la otra parte no está facultada para adaptar el contrato si quien incurrió en error no solamente ha comunicado su intención de anularlo, sino que además ha actuado en consecuencia.

Daños y perjuicios

La adaptación del contrato no excluye el derecho de la parte que incurrió en error a demandar daños y perjuicios conforme a lo establecido en el art. 3.18, si ha sufrido un menoscabo que no encuentra compensación con la adaptación del contrato.

Artículo 3.14
(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

Comentario

Necesidad de una notificación

Este artículo establece que la anulación de un contrato debe efectuarse mediante una notificación a la otra parte, sin necesidad de intervención judicial.

Forma y contenido de la notificación

No se menciona ningún requisito específico sobre la forma o contenido de la notificación de anulación. Por lo tanto, conforme a lo establecido en el art. 1.9(1), la notificación puede realizarse por cualquier medio adecuado a las circunstancias. En cuanto al contenido de la notificación, no es necesario que se

emplee la palabra "anulación", ni que tampoco se establezcan expresamente los motivos de la anulación. Sin embargo, por razones de claridad, es aconsejable expresar algunos motivos para la anulación, aunque en los supuestos de dolo o excesiva desproporción, la parte que decide anular el contrato puede dar por sentado que la otra ya conoce dichos motivos.

Ejemplo

"a", El patrón de "b", amenaza con despedirle si éste se niega a venderle una cómoda estilo Luis XVI. finalmente, "b" acepta vendérsela. dos días más tarde, "a" recibe una carta de "b" en la que éste le notifica su renuncia al empleo y la venta de la cómoda a "c". la carta de "b" es una notificación suficiente para notificar la anulación del contrato de compraventa con "a".

La notificación debe recibirse

La notificación surte efectos cuando llega a su destinatario. véase el art. 1.9(2).

Artículo 3.15
(Plazos)

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.
(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del artículo 3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Comentario

Conforme al parágrafo (1) de este artículo, la notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, después que la parte facultada para anular el contrato tuvo conocimiento o no podía ignorar los hechos pertinentes o se encontraba habilitada para actuar libremente. Es decir, la parte que ha sufrido el error o el dolo debe notificar su intención de anular el contrato en un período razonable, a partir del momento en que conoció o no podía ignorar el error o el dolo. Lo mismo se aplica en los casos de desproporción excesiva, cuando se produce abusando de la ignorancia, ligereza o

inexperiencia de la parte inocente. En los casos de amenaza o de abuso de la dependencia, aflicción económica o extrema necesidad en que se encontraba la víctima, el plazo comenzará a correr a partir del momento en que la parte facultada para anular el contrato pudo actuar libremente.
En el caso de que se trate de la anulación de una cláusula del contrato, el parágrafo (2) de este artículo establece, conforme al art. 3.10, que el plazo para realizar la notificación comienza a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Artículo 3.16
(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

Comentario

Este artículo trata de los casos en los que la causa de anulación afecta solamente algunas disposiciones del contrato. En estos supuestos los efectos de la anulación se limitarán a las disposiciones afectadas, a menos que, atendiendo a las circunstancias, no sea razonable mantener la validez del resto del contrato. Esto generalmente dependerá de si la parte hubiera celebrado el contrato de haber previsto que tales disposiciones podrían estar afectadas de nulidad.

Ejemplos

"a", Un contratista, se compromete a construir dos casas para "b" en los terrenos "x" e "y". "b" tiene el propósito de habitar la vivienda que será construida en el terreno "y" y de alquilar la vivienda que será construida en el terreno "x". "b" incurre en un error al dar por sentado que se encuentra autorizado para construir en ambos terrenos, porque en realidad la licencia que posee sólo le habilita para construir en el terreno "x". A no ser que de las circunstancias se desprenda otra cosa, a pesar de la nulidad del contrato en la parte referente a la casa que ha de construirse en el terreno "y", resulta razonable que se conserve la validez del resto del contrato en lo que se refiere a la casa que ha de construirse en el terreno "x".

La situación es la misma que en el ejemplo 1, con la diferencia de que se construirá una escuela en el terreno "x" y una residencia para los estudiantes de dicha escuela en el terreno "y". A menos que de las circunstancias se desprenda otra cosa, no resulta razonable, después de anular la parte del contrato relativa a la construcción de la residencia para estudiantes en el terreno "y", conservar la validez del resto del contrato que habilita a "b" para construir la escuela en el terreno "x".

Artículo 3.17
(Efectos retroactivos)

(1) La anulación tiene efectos retroactivos.
(2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte.

Comentario

Efectos retroactivos de la anulación en general

El parágrafo (1) de este artículo establece que la anulación tiene efectos retroactivos. En otras palabras, se considera que el contrato jamás ha existido. en el caso de anulación parcial contemplada en el art. 3.16, sólo se aplicará esta regla a la parte del contrato que haya sido anulada.
Existen, sin embargo, algunas disposiciones del contrato que pueden subsistir aun en caso de anulación de todo el contrato. Las cláusulas de arbitraje, de selección del foro y de la ley aplicable se consideran diferentes a las otras disposiciones del contrato, por lo que se puede mantener su validez a pesar de que el contrato sea anulado total o parcialmente. La norma de derecho interno que resulte aplicable determinará si dichas cláusulas continúan vigentes a pesar de la anulación del resto del contrato.

Restitución

De acuerdo con el parágrafo (2) del presente artículo, la anulación del contrato habilita a las partes para reclamar la restitución de lo entregado conforme

al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada. el único requisito para que proceda la restitución es que cada parte restituya todo lo que ha recibido en virtud del contrato o de la parte del contrato que haya sido anulada. Si alguna prestación no es susceptible de restitución en razón de su naturaleza, como sería el caso típico de servicios que han sido prestados, una parte compensará a la otra en forma adecuada, excepto en los casos en que la prestación recibida carezca de valor.

Ejemplo

"a" encarga la decoración de su restaurante a "b". este comienza a trabajar, pero cuando "a" descubre con posterioridad que "b" no es el famoso decorador que ha decorado otros restaurantes semejantes, decide anular el contrato. Como los servicios de decoración ya realizados no son susceptibles de ser restituidos, y dichos servicios carecen de valor para "a", "b" no tiene derecho a recibir compensación alguna por el trabajo realizado.

Artículo 3.18
(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Comentario

Resarcimiento en caso de que la otra parte conociera la causa de anulación

Este artículo establece que la parte que conoció o debió haber conocido la causa de anulación es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. El derecho al resarcimiento surge independientemente de que el contrato haya sido anulado.

Cuantificación de los daños

A diferencia de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, regulados en el capítulo 7, sección 4, el resarcimiento contemplado en el presente

artículo sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Ejemplo

"a" vende software a "b" a pesar de que "a" no podía ignorar lo inadecuado de dicho software para el uso al que lo deseaba destinarlo "b" independientemente de que "b" decida anular el contrato, "a" debe compensar a "b" los gastos que éste incurrió al capacitar a su personal para el uso del software. No obstante, "a" no es responsable por las pérdidas sufridas por "b" como consecuencia de la imposibilidad de usar el software para los fines que lo deseaba.

Artículo 3.19
(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

Comentario

Este artículo establece que las normas de este capítulo relativas al dolo, intimidación, y excesiva desproporción tienen carácter imperativo. Sería contrario al principio de buena fe que las partes excluyeran o modificaran estas disposiciones al celebrar el contrato, aunque nada impide que la parte facultada para anular el contrato renuncie voluntariamente a este derecho, una vez que ha conocido la realidad de los hechos o cuando pueda actuar libremente.

Por el contrario, las disposiciones de este capítulo que se refieren a la fuerza obligatoria del mero acuerdo, al supuesto de imposibilidad inicial de cumplimiento o de error no tienen carácter imperativo. Por lo tanto, las partes pueden incluir otros requisitos especiales establecidos en un derecho interno determinado, como el que se refiere a la necesidad de consideration o causa. Ellas también pueden acordar que el contrato no tendrá validez en caso de imposibilidad inicial de cumplimiento, o que el error en el que puedan incurrir una o ambas partes no podrá alegarse como causa de anulación.

Artículo 3.20
(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

Comentario

Este artículo tiene en cuenta el hecho de que, además del contrato mismo, las partes suelen intercambiarse declaraciones con anterioridad o posterioridad a la celebración del contrato, las que también podrían adolecer de invalidez.
En el ámbito comercial, los supuestos más importantes de declaraciones externas, aunque preparatorias, a la celebración de un contrato consisten en ofertas de inversión, de obras, de entrega de mercaderías o prestación de servicios. Las declaraciones de intención realizadas después de celebrado el contrato adquieren una gran variedad de formas, como comunicaciones, avisos, declaraciones, demandas y solicitudes. las renuncias y declaraciones en virtud de las cuales una parte adquiere una obligación pueden encontrarse particularmente afectadas por vicios del consentimiento.

Capítulo 4

Interpretacion

Artículo 4.1
(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse con-forme a la intención común de las partes.
(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Comentario

Prevalecerá la intención común de las partes

El parágrafo (1) de este artículo establece el principio de que para determinar el significado de un elemento del contrato, prevalecerá la intención común de

las partes. Por lo tanto, el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su significado literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensata pudiera darle, siempre y cuando pueda establecerse que éste ha sido el significado que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrarse el contrato.

La importancia de este principio no debe sobrestimarse en la práctica porque, en primer lugar, es muy poco probable que las partes en los negocios mercantiles utilicen un leguaje totalmente diferente a su significado y, segundo, aún en este supuesto, sería muy difícil de probar al surgir una controversia cuál ha sido el significado preciso que se alegue como la intención común y de hecho compartida por la otra parte al momento de celebrarse el contrato.

Referencia a lo que entiende una persona razonable

En los casos en que la intención común de las partes no pueda establecerse, el parágrafo (2) prevé que el contrato deba ser interpretado de acuerdo al significado que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes y colocadas en circunstancias similares.

El criterio para determinar qué debe entenderse por "razonabilidad" no es general y abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato.

Cómo establecer la intención común de las partes o determinar el significado que le habrían dado personas razonables

Con el fin de establecer si la partes tuvieron una intención en común y, en ese caso, cuál fue dicha intención, se deben considerar todas las circunstancias pertinentes del caso; las más importantes se enuncian en el art. 4.3. lo mismo se aplica a la determinación del significado que le habrían dado personas razonables cuando no pueda determinarse la intención común de las partes.

Interpretación de cláusulas estándar

Ni el criterio "subjetivo" establecido en el parágrafo (1), ni la referencia a la "razonabilidad" al que se refiere el parágrafo (2) pueden ser adecuados para interpretar las cláusulas estándar. Dada su especial naturaleza y finalidad, estas cláusulas deben ser interpretadas, en primer lugar, de acuerdo a lo que podría esperarse de la mayoría de los usuarios de dichas cláusulas, independientemente de la intención común de las partes en un determinado contrato o del sig-

nificado que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes. En cuanto a la definición de las cláusulas estándar, véase el art. 2.19(2).

Artículo 4.2
(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.
(2) Si el parágrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Comentario

Interpretación de actos unilaterales

Por analogía con el criterio establecido en el art. 4.1, en lo que respecta a la interpretación del contrato como un todo, este artículo establece que para la interpretación de las declaraciones o actos de una de las partes se debe atender a la intención con la que ha actuado dicha parte, siempre y cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar tal intención. En todos los demás casos, dichas declaraciones y actos se deberán interpretar de acuerdo al significado que le hubiera dado una persona razonable colocada en circunstancias similares.
El principal campo de aplicación de este artículo, que se corresponde casi literalmente con el art. 8(1) y 8(2) de CISG, fundamentalmente se encuentra en la práctica en el proceso de formación de los contratos. En esta etapa, las partes hacen declaraciones y se comprometen a llevar a cabo actos cuyo significado preciso debe establecerse para poder determinar si un contrato ha sido definitivamente perfeccionado. Existen, sin embargo, actos unilaterales que se cumplen después de celebrado el contrato y que pueden dar lugar a problemas de interpretación, tales como una comunicación sobre los defectos en las mercaderías, o la notificación dando por anulado o extinguido un contrato, etc.

Cómo determinar la intención de la parte al realizar un acto o determinar el significado que le daría una persona razonable

Al aplicar el criterio "subjetivo" establecido en el parágrafo (1), como aquél que se refiere a un criterio de "razonabilidad" en el parágrafo (2), cabe re-

currir a todas las circunstancias pertinentes, de las cuales las más importantes se enumeran en el art. 4.3.

Artículo 4.3
(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

(a) Las negociaciones previas entre las partes;
(b) Las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
(c) Los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
(d) La naturaleza y finalidad del contrato;
(e) El significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
(f) Los usos.

Comentario

Circunstancias pertinentes

Este artículo enuncia las circunstancias que deben tomarse en consideración al aplicarse el criterio "subjetivo" como el de "razonabilidad" de los artículos 4.1 y 4.2. esta lista enuncia las circunstancias que son más importantes, sin que se pretenda que sea exhaustiva.

Comparación de las circunstancias "particulares" y "generales"

Algunas de las circunstancias enumeradas en el presente artículo se refieren a relaciones que se presentan entre las partes de un contrato; otras, en cambio, tienen un carácter más general. Aunque en principio todas las circunstancias enunciadas pueden ser importantes, las tres primeras suelen tener mayor peso en la aplicación del criterio "subjetivo".

Ejemplos

"a" y "b" celebran un contrato para la edición de un libro. "b", el editor, indica que el libro debe consistir de "alrededor 300 páginas". Durante las negocia-

ciones, "b" le ha asegurado a "a", el escritor, que la necesidad de indicar el número aproximado de páginas obedece únicamente a razones administrativas, y que "a" no se encuentra obligado a limitarse a dicho número de páginas sino que, de ser necesario, puede excederse sustancialmente. "a" entrega un manuscrito de 500 páginas. Para interpretar el significado de "alrededor 300 páginas" se deben tomar en consideración las negociaciones preliminares. véase el art. 4.3(a).
"a", Un fabricante canadiense, y "b", un comerciante minorista de los estados unidos, celebran varios contratos para la entrega de lentes ópticos. el precio de la compraventa siempre se expresa en dólares canadienses. "a" propone a "b" una nueva oferta, esta vez indicando el precio en "dólares" sin más especificaciones, pero con el propósito de referirse, una vez más, a dólares canadienses. en ausencia de una indicación en contrario, prevalecerá la intención de "a". véase el art. 4.3(b).

El resto de las circunstancias enumeradas en este artículo (v.gr. la naturaleza y la finalidad del contrato, el significado frecuentemente otorgado a los términos y expresiones en el contexto comercial y a los usos), aunque no son las únicas a tener en cuenta, son de primordial importancia para apreciar el "criterio razonable".
Los criterios de los incisos (e) y (f) podrían parecer confundidos a primera vista. Sin embargo no es así, porque mientras que los " usos" se aplican únicamente en presencia de los requisitos establecidos en el art. 1.8 , "el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial" puede resultar relevante aún cuando dichos términos y expresiones sean comunes dentro de un ramo el comercio al que pertenece sólo una de las partes, o al que no pertenece ninguna de ellas, siempre y cuando el término o la expresión sea típica de dicho ramo.

Ejemplos

"a" y "b" Celebran un contrato para la venta de un cargamento de petróleo por us$20.5 el barril. posteriormente, las partes difieren en la medida del barril al cual hicieron referencia. "a" entiende por barril el equivalente a 42 galones comunes, mientras que "b" quiso referirse a un barril de 36 galones imperiales. En ausencia de una indicación que muestre lo contrario, prevalecerá el significado que le atribuyó "a", ya que en el comercio internacional de petróleo se suelen utilizar galones comunes como referencia. véase el art. 4.3(f).

"a", un naviero, celebra un contrato de fletamento con "b" para el transporte de granos. El contrato establece la cláusula estándar: "en buque por entero o en compartimiento completo" (whether in berth or not), que se refiere al comienzo de la estadía del buque después de atracar en el puerto de destino. Al surgir posteriormente la duda acerca del significado de dicha cláusula, deberá preferirse el significado comúnmente otorgado a esa expresión en el comercio marítimo, dado que el término es típico de ese sector. véase el art. 4.3(e).

Cláusulas "fusionadas"

Las partes suelen incluir una disposición en muchas operaciones internacionales indicando que el documento contractual incorpora de manera completa y exclusiva los términos sobre los cuales han acordado las partes. con respecto a los efectos de las llamadas cláusulas "fusionadas" o "de integración", y en qué medida dichas cláusulas excluyen lo que resulta pertinente de las negociaciones preliminares, aunque únicamente a los efectos de interpretar el contrato, véase el art. 2.17.

Artículo 4.4
(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Comentario

Interpretación del contrato en su conjunto

Los términos y expresiones usadas por una o ambas partes obviamente no operan aisladamente, sino como partes integrantes de un todo. por lo tanto, ellos deberán ser interpretadas a la luz del contexto general del contrato o dentro de los enunciados en el cual se encuentren incorporadas.

Ejemplo

"a", un licenciatario, se entera de que a pesar de lo estipulado en el contrato en el que "b", el licenciador, le ha otorgado una licencia en exclusiva, "b" ha celebrado un contrato similar con "c", un competidor de "a". "a" envía a "b"

una carta quejándose por el incumplimiento y resolviendo la relación contractual con las siguientes palabras: "su comportamiento demuestra a las claras el error que incurrimos al confiar en su conducta profesional. Por lo tanto, damos por anulado el contrato celebrado con usted." a pesar de haberse utilizado el verbo "anular", las palabras de "a", a la luz del contexto que brinda todo el texto de la carta, deben interpretarse como una notificación de resolución del contrato.

En principio, no existe jerarquía entre los términos del contrato

En principio, no existe jerarquía alguna entre los términos del contrato, en el sentido que la importancia de cada uno de ellos es la misma para interpretar el resto del contrato, sin atender al orden en que ellos aparezcan. sin embargo, hay algunas excepciones a esta regla. Primero, las declaraciones de intención incluidas en el preámbulo del contrato pueden o no tener consecuencias para la interpretación de sus disposiciones operativas. Segundo, va de suyo que en caso de conflicto, las cláusulas de carácter específico prevalecen sobre las disposiciones de carácter general. finalmente, las partes pueden expresar ellas mismas cierta jerarquía entre las diferentes disposiciones o términos del contrato. Esto es frecuente en el caso de contratos complejos celebrados en diferentes documentos relacionados con los aspectos jurídicos, económicos y técnicos de la operación.

Artículo 4.5
(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Comentario

Es de suponer que cuando las partes preparan el borrador de su contrato incorporan sus palabras con alguna finalidad. De allí que este artículo establece como norma que si las disposiciones de un contrato fueren oscuras, se deberán interpretar de manera que todas produzcan efectos antes que privar de efecto alguna de ellas. Esta regla se aplicará únicamente cuando las disposiciones de que se trate continúen siendo oscuras. en otras palabras, sólo entra-

rá en juego este criterio de interpretación si las disposiciones en cuestión continúan sin aclararse, no obstante la aplicación de las normas básicas de interpretación establecidas en los arts. 4.1-4.3.

Ejemplo

"a", una cadena comercial de televisión, celebra un contrato con "b", un distribuidor de películas, para el suministro periódico de películas a ser transmitidas por "a" durante horas de la tarde, ya que sólo en este horario se pueden proyectar películas aptas para todo público. De acuerdo al contrato, las películas deben "haber pasado la prueba de admisión" de la comisión de censura. Surge un diferencia entre "a" y "b" acerca del significado de esta frase mientras que "b" sostiene que "pasar la prueba de admisión" se refiere a que la comisión de censura debe aprobar la circulación de las películas, aunque la película haya sido clasificada "no apta para menores", "a" insiste en que el significado de "pasar la prueba de admisión" es el de que la calificación de la película sea "apta para todo público". Si no existe otro medio para establecer el significado de esta frase, debe prevalecer la opinión de "a", ya que la opinión de "b" dejaría sin efecto la disposición.

Artículo 4.6
(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Comentario

Una parte puede ser responsable por la formulación de determinado término del contrato, ya sea porque esa parte lo ha redactado o porque ella lo ha provisto, por ejemplo, al usar cláusulas estándar preparadas por otros. Dado que una parte debe absorber los riesgos de la posible oscuridad o ambigüedad de la formulación elegida, este artículo establece que las cláusulas ambiguas u oscuras de un contrato se interpretarán, preferentemente, en contra de la parte que las ha redactado. El ámbito en el que esta norma se aplique dependerá de las circunstancias del caso. Cuanto menos los términos del contrato en cues-

tión hayan sido materia de negociación entre las partes, mayor la justificación para interpretarlos en contra de la parte que los incluyó en el contrato.

Ejemplo

Un contrato entre "a", un contratista, y "b", el locatario de la obra, para la construcción de una planta industrial, contiene la siguiente disposición redactada por "a" y que no ha sido objeto de discusión entre las partes: "el contratista se responsabiliza, y por lo tanto deberá indemnizar al locatario, por todas las pérdidas, gastos y reclamos en lo que respecte a cualquier pérdida o daño a la propiedad (excepto la obra), muerte o lesiones personales causados por la negligencia del contratista, sus empleados y mandatarios". Fuera de las horas de trabajo, uno de los empleados de "a" daña las instalaciones y equipos de "b". "a" rechaza su responsabilidad alegando que la cláusula en cuestión cubre sólo los actos de los empleados en función u ocasión de su trabajo. en ausencia de cualquier disposición en contrario, la disposición se interpretará de la manera menos favorable a "a", es decir, incluyendo su responsabilidad por los actos de sus empleados aún cuando no sean realizados en función u ocasión de sus funciones.

Artículo 4.7
(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

Comentario

Los contratos mercantiles internacionales suelen redactarse en dos o más versiones lingüísticas que pueden diferir en puntos específicos. Algunas veces las partes expresamente indican cuál es la versión que ha de prevalecer. Si a todas las versiones se les da la misma autenticidad y jerarquía, surge el problema de determinar cuál de todas es la más idónea. El presente artículo no establece una regla inmutable y rígida, sino que simplemente indica que debe preferirse la versión en la cual el contrato fue originalmente redactado, o bien, en el caso de haberse redactado más de una versión original, alguna de dichas versiones.

Ejemplo

"a" y "b" negocian y redactan un contrato en inglés, a pesar de que el inglés no es el idioma materno de ninguno de ellos. Antes de traducirlo a sus respectivos idiomas, las partes acuerdan que las tres versiones serán igualmente auténticas y tendrán la misma jerarquía. En caso de discrepancia entre los textos, deberá preferirse la versión en inglés, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Una situación que admite una solución diversa puede presentarse en el supuesto que las partes hayan contratado en base a instrumentos internacionales ampliamente conocidos, como son los incoterms y las prácticas y costumbres uniformes en créditos documentarios. En caso de discrepancia entre las diferentes versiones usadas por las partes, es preferible referirse a aquella versión lingüística que resulte ser la más clara, aunque no sea una de las versiones utilizadas por las partes.

Ejemplo

Un contrato entre una parte mexicana y otra sueca es redactado en tres versiones igualmente auténticas y de la misma jerarquía: español, sueco e inglés, incluyéndose una referencia a los incoterms 1990. En este supuesto, se podría recurrir a la versión francesa de incoterms si ésta es más precisa que las otras tres en lo que se refiere al punto en controversia.

Artículo 4.8
(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

(a) La intención de las partes;
(b) la naturaleza y finalidad del contrato;
(c) La buena fe y la lealtad negocial;
(d) El sentido común.

Comentario

Integración de términos omisos y su interpretación

Los artículos 4.1 al 4.7 se refieren a la interpretación de los contratos en sentido estricto, esto es, para determinar el significado que debe darse a aquellos términos del contrato que resulten poco claros. Este artículo se dirige a otro aspecto de la misma cuestión, el de las llamadas lagunas del contrato. Los elementos omisos o lagunas se presentan cuando después de celebrado el contrato surge una cuestión que las partes no regularon en su contrato, ya sea porque no quisieron discutirlo o porque no lo previeron.

Cuándo se deben suplir los términos que faltan

En muchos casos en que existen lagunas, los principios mismos proveen una solución. véase, por ejemplo, los arts. 5.6 (determinación de la calidad de la prestación), 5.7 (determinación del precio), 6.1.1 (momento del cumplimiento), 6.1.4 (secuencia en el cumplimiento), 6.1.6 (lugar del cumplimiento) y 6.1.10 (moneda no expresada). véase también, en general el art. 5.2 sobre obligaciones implícitas. sin embargo, aún cuando existan reglas supletorias orientadas a "colmar las lagunas", las normas de carácter general no siempre pueden ser aplicables a cierto caso en particular, porque ellas no prevén una solución apropiada a las circunstancias concretas en vista de las expectativas de las partes o el tipo especial del contrato. si se presenta este supuesto, entonces se aplica este artículo.

Criterios para integrar términos omisos

Los términos que se incorporen con fundamento en este artículo deben ser apropiados a las circunstancias del caso. Con el fin de determinar qué es lo más apropiado, se debe tomar en cuenta, en primer lugar, la intención de las partes conforme se pueda inferirla de, entre otros factores, los términos expresos del contrato, las negociaciones preliminares o el comportamiento posterior a la celebración del contrato.

Ejemplo

Las partes en un contrato de construcción pactan un determinado tipo de interés a ser pagado por el comprador en el caso de mora en el pago del precio. Empero, las partes deciden resolver el contrato antes de comenzar los tra-

bajos. cuando el contratista se demora en restituir el anticipo del pago, surge el problema de determinar el tipo de interés aplicable a dicho monto. En ausencia de una referencia en el contrato sobre esta materia, las circunstancias señalan la conveniencia de aplicar a este supuesto de mora en la restitución del dinero que se le debe al contratista, el mismo tipo de interés pactado para el caso de mora en el pago del precio por el comprador.

Si no es posible determinar la intención de las partes, el término a ser integrado al contrato podrá ser determinado en base a la naturaleza y finalidad del contrato y a los principios de buena fe, lealtad negocial y razonabilidad.

Ejemplo

Un contrato de franquicia de distribución prevé que el beneficiario de la franquicia no puede dedicarse a un negocio similar dentro del año que sigue a la resolución del contrato. Empero, el contrato nada dice acerca del territorio al que se refiere esta prohibición. Conforme a la naturaleza y finalidad del contrato de franquicia, se entiende que la prohibición se extiende exclusivamente al territorio donde el franquiciado ha explotado la franquicia.

Capítulo 5

Contenido

Artículo 5.1
(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

Comentario

Este artículo confirma el principio, ampliamente aceptado, en virtud del cual las obligaciones de las partes no necesariamente se limitan a lo expresamente estipulado en el contrato. Otras obligaciones pueden ser implícitas (véase el art. 5.2, los comentarios y ejemplos).
Esta regla mantiene estrecha relación con otras disposiciones de los principios. Así, este artículo es un corolario directo de la norma de acuerdo a la cual "cada

una de las partes debe actuar de buena fe con lealtad negocial en el comercio internacional" (art. 1.7). Así como las reglas de interpretación del contrato (capítulo 4) prevén los criterios para llenar las lagunas (además de criterios para resolver ambigüedades), estas reglas pueden ayudar a determinar el contenido preciso del contrato y, por lo tanto, a establecer los términos contractuales que deben considerarse implícitos.

Artículo 5.2
(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

(a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
(b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
(c) la buena fe y la lealtad negocial.
(d) el sentido común.

Comentario

El art. 5.2 describe las fuentes de las obligaciones implícitas. Diversos motivos pueden influir para que una obligación no haya sido expresamente estipulada, ya sea porque dada la naturaleza y finalidad de la obligación las partes han considerado que son tan obvias que "va de suyo" que se consideran incluidas. Las obligaciones implícitas pueden derivarse, por ejemplo, de prácticas comerciales establecidas entre ellas, o por los usos del comercio internacional conforme al art. 1.8. asimismo, las obligaciones implícitas pueden ser producto del principio de buena fe y lealtad negocial, y del sentido común en las relaciones contractuales.

Ejemplos

"a" Arrienda a "b" una red completa de computadoras y procede a instalarla. el contrato no hace referencia alguna acerca de la posible obligación de "a" de otorgar a "b" al menos la información básica acerca del manejo del sistema. Este deber podría considerarse una obligación implícita departe de "a", ya que resulta obvio e indispensable que para cumplir la finalidad del contrato, el proveedor de bienes sofisticados debe brindar a su contraparte un mínimo de información. véase el art. 5.2(a).

"a", Un corredor que ha negociado una póliza de fletamento, reclama las comisiones que le han sido devengadas. aunque el contrato de corretaje no expresa el momento en que se debe la comisión, los usos en materia de corretaje podrían establecer una obligación implícita, en virtud de la cual la comisión se debe, por ejemplo, cuando el flete es devengado, o cuando la póliza de fletamento ha sido firmada. véase el art. 5.2(b).

"a" y "b", Quienes se encuentran negociando un contrato de cooperación, acuerdan realizar un estudio complejo de factibilidad que implica una considerable inversión de tiempo por parte de "a". Mucho antes de que dicho estudio sea finalizado, "b" decide no proseguir con las negociaciones. si bien no se ha previsto esta situación, el principio de buena fe exige que "b" comunique sin demora esta decisión a "a". véase el art. 5.2©.

Artículo 5.3
(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Comentario

Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) que inspira el derecho contractual, así como con la obligación de atenuar el daño en el supuesto de incumplimiento (art. 7.4.8).

La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser "razonablemente esperada"), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. Aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes.

Ejemplos

"a", después de haber celebrado con "b" un contrato para la entrega inmediata de cierta cantidad de petróleo, compra de otra fuente todo el petróleo disponible en el mercado. De esta forma, "a" obstaculiza el cumplimiento de la obligación de "b", lo que es contrario al deber de cooperación entre las partes.
"a", una galería de arte del país "x", compra una pintura del siglo xvi a "b", un coleccionista privado del país "y". El cuadro no puede ser exportado de "y" sin una autorización especial, y el contrato estipula que es obligación de "b" solicitar dicha autorización. Empero, "b" carece de experiencia en estos trámites y encuentra serios problemas con el trámite de la solicitud de exportación, mientras que "a" goza de amplia experiencia en este tipo de solicitudes. En estas circunstancias, y no obstante la disposición contractual, es razonable esperar que "a" brinde al menos algún tipo de cooperación a "b".

Artículo 5.4
(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) en la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.
(2) en la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Comentario

Distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de emplear los mejores esfuerzos

El grado de diligencia que se exige a una parte en el cumplimiento de una determinada obligación varía considerablemente de acuerdo a la naturaleza de la obligación. Algunas veces una de las partes esta obligada únicamente a emplear su mejor diligencia. En ese caso, dicha parte debe emplear la diligen-

cia de una persona razonable de la misma condición colocada en circunstancias similares, sin garantizar la obtención de un resultado específico. En otros casos, sin embargo, la obligación es más onerosa pues se garantiza la obtención de un resultado específico.

La distinción entre "obligaciones de resultado" y "obligaciones de emplear los mejores esfuerzos" se corresponde con los diversos grados de severidad perfilados en la práctica para valorar el cumplimiento de una obligación contractual, aunque no contempla todas las situaciones que se pueden presentar.

En un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de ambas especies. Por ejemplo, puede considerarse que una compañía que arregla máquinas descompuestas asume una obligación de emplear los mejores esfuerzos en lo que respecta a la calidad de la reparación en general y una obligación de resultado en lo que se refiere a la reposición de ciertas piezas.

Criterios que proporciona esta distinción para determinar si una parte ha cumplido sus obligaciones

Los dos parágrafos de este artículo, en su conjunto, brindan a jueces y árbitros criterios con los que se puede evaluar el cumplimiento correcto de una obligación. En el caso de una obligación de resultado, una parte se obliga simplemente a obtener el resultado prometido. Si el resultado no se alcanza se incurre por esto mismo en incumplimiento, a menos de que sea aplicable el precepto relativo a la fuerza mayor (art. 7.1.7). Por el contrario, el criterio para determinar el incumplimiento de una obligación de emplear los mejores esfuerzos es menos severo, pues se basa en la comparación con la diligencia que hubiera empleado una persona razonable de la misma condición en circunstancias similares. esta distinción conduce a que se justifique una mayor expectativa acerca del grado de cumplimiento de una compañía altamente especializada que ha sido escogida por su experiencia, que de una compañía competidora menos especializada.

Ejemplos

"a", Un distribuidor, se obliga a alcanzar la meta de 15,000 ventas al año en una determinada zona. si al final de dicho período "a" sólo consigue vender 13,000 artículos, no hay duda que ha dejado de cumplir su obligación. véase el art. 5.4(1).

"b", Otro distribuidor, se obliga a "emplear todos los medios necesarios para promover las ventas del producto" dentro de la zona contratada, sin ningún

término que le imponga el deber de alcanzar una cantidad mínima. Esta disposición crea una obligación de emplear los mejores esfuerzos, que obliga a "b" a tomar todas las medidas que una persona razonable tomaría en similares circunstancias (naturaleza del producto, características del mercado, importancia y experiencia de la compañía, presencia de los competidores, etc..) para promover las ventas (anuncios, visitas a clientes, servicio adecuado, etc.). "b" no se obliga a obtener el resultado específico de vender cierto número de artículos al año, pero se compromete a realizar todo lo que haría una persona razonable en su misma situación. véase el art. 5.4(2).

Artículo 5.5
(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

(a) Los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
(b) El precio y otros términos del contrato;
(c) El grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
(d) La capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Comentario

Criterios para determinar la naturaleza de la obligación

Es importante determinar si una obligación conlleva el deber de alcanzar un determinado resultado o únicamente el de emplear los mejores esfuerzos para lograrlo, porque la obligación es más onerosa en el primer supuesto. a veces, esta determinación puede ser difícil. Este artículo establece los criterios que pueden servir de guía para las partes, jueces o árbitros. Esta enumeración no es exhaustiva. Con frecuencia, la determinación de la naturaleza de la obligación conlleva problemas de hermenéutica.

Naturaleza de la obligación conforme a lo expresado en el contrato

La manera en que una obligación ha sido descrita en un contrato puede ser de gran ayuda para determinar si las partes tuvieron el propósito de crear una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado especifíco.

Ejemplo

"a", Un contratista, acuerda en construir un edificio de almacenamiento para "b", quien desea que el trabajo se concluya dentro de un período inusualmente breve. si "a" se compromete a que "el trabajo se terminará antes del 31 de diciembre", se presume la obligación de alcanzar dicho resultado en la fecha estipulada. Si simplemente se estipula que "a" "tratará de finalizar los trabajos antes del 31 de diciembre", sólo se compromete a emplear todos los medios a su alcance para entregar el edificio en esa fecha, sin garantizar que efectivamente así se haga. véase el art. 5.5(a).

El precio y otros términos del contrato

El precio y otros términos del contrato también pueden ofrecer indicios sobre la naturaleza de una obligación. Un precio insólitamente alto u otra obligación recíproca de naturaleza no dineraria puede indicar una obligación de alcanzar un resultado concreto en casos en donde, por lo general, suele asumirse sólo una obligación de emplear los mejores esfuerzos. Otros ejemplos de estipulaciones que pueden facilitar la determinación de la naturaleza de la obligación son las cláusulas que vinculan el pago del precio al éxito de una operación, el pacto de cláusulas penales para el caso de no obtenerse un resultado específico y las cláusulas que permiten a una parte adaptar el contrato en el supuesto en que circunstancias imprevistas alteren el equilibrio de las prestaciones de una manera fundamental. véase el art. 5.5(b).

Grado de riesgo respecto del cumplimiento de una obligación

cuando el cumplimiento de la obligación implica un riesgo muy alto, cabe presumir que el deudor no ha pretendido garantizar un resultado y que el acreedor no espera dicha garantía. Se inferirá la conclusión contraria cuando el resultado esperado, en principio, pueda ser alcanzado sin ninguna dificultad en especial. véase el art. 5.5©.

Ejemplos

Una agencia espacial se compromete a poner en órbita un satélite de telecomunicaciones. El promedio de fracasos en los lanzamientos previos ha sido del 22%. no cabe esperar que dicha agencia espacial garantice un lanzamiento

exitoso bajo estas circunstancias. su obligación consiste simplemente en observar toda la diligencia requerida para este tipo de lanzamientos, tomando en consideración el nivel alcanzado en ese momento por la tecnología.
"a" promete entregar 20 toneladas de acero a "b" el 30 de junio. Como se trata de una operación relativamente simple, que no implica un riesgo especial, "a" se encuentra obligado a obtener el resultado concreto de entregar la cantidad requerida de acero en la fecha estipulada, y no solamente a intentarlo.

Influencia del acreedor en el cumplimiento de la obligación

En algunos casos, el acreedor puede encontrarse en una posición capaz de influir en el cumplimiento de la obligación del deudor. Esta circunstancia puede convertir en una obligación de emplear los mejores esfuerzos una obligación que, de otra forma, hubiera sido considerada una obligación de resultado.

Ejemplo

"a" Se encuentra en condiciones de proveer a "b" de la asistencia técnica necesaria para aplicarla a nuevos descubrimientos en procesos químicos. "a" conviene con "b" en que éste enviará algunos de sus ingenieros para asistir a un curso de capacitación organizado por "a". "a" no puede garantizar que "b" llegue a conocer en profundidad los nuevos procesos químicos, ya que dicho resultado dependerá, en parte, de que "b" efectivamente envíe a sus ingenieros al curso de capacitación, de la capacidad de estos ingenieros y de su atención durante el curso. véase el art. 5.5(d).

Artículo 5.6
(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

Comentario

Los parámetros que se han establecido en el art. 5.4 se refieren a las obligaciones de emplear los mejores esfuerzos. La determinación de la calidad de la prestación es un problema más amplio que se trata en este artículo. Si deben

entregarse mercaderías o proporcionarse servicios, no basta con suministrar tales mercaderías o servicios, sino que estos deben revestir cierta calidad.
Con frecuencia el contrato suele especificar la calidad debida (v.gr. aceite de una gradación determinada), o al menos provee algún criterio para determinar dicha calidad. Para los otros supuestos, el art. 5.6 dispone que la calidad de la prestación debe ser "razonable y en ningún caso inferior a la calidad media, según las circunstancias." de esta forma, ambos criterios se combinan.

Ejemplo

"a" Se compromete a construir un hotel cerca de una estación ferroviaria de mucho tránsito. El contrato establece que debe proporcionarse un sistema de insonorización adecuado, sobre cuya calidad no se dan mayores precisiones. Sin embargo, puede determinarse en base al mismo contrato que la capacidad del sistema de insonorización debe ser conforme a niveles altos en razón de la proximidad del hotel a la estación ferroviaria.

El cumplimiento debe ser de calidad media

El requisito mínimo para la entrega de bienes es que sean de calidad media. el proveedor no se encuentra obligado a entregar bienes de calidad superior a menos que así se establezca en el contrato, pero tampoco puede entregar bienes o servicios de inferior calidad. La media de la calidad se determina de acuerdo a las circunstancias, lo que normalmente significa que se trata de la calidad disponible en determinado mercado al momento del cumplimiento de la obligación (por ejemplo, en lo que se refiere al nivel de innovación tecnológica). otros factores importantes incluyen las cualidades específicas que llevaron a escoger al deudor.

Ejemplo

"a" Compra 500 kg. de naranjas a "b". Si el contrato no determina nada más preciso y las circunstancias no conducen a otra solución, dichas naranjas no podrán ser de calidad inferior a la calidad media. Se considera que la calidad media es suficiente, a menos que dicha calidad sea irrazonablemente defectuosa.

El cumplimiento debe ser razonable

La referencia adicional a que la calidad deba ser razonable pretende evitar que el deudor alegue haber cumplido con la calidad "media" de un mercado en que

la media de la calidad sea muy deficiente, brindando esta disposición al juez o al árbitro la oportunidad de elevar tales insatisfactorios niveles de calidad.

Ejemplo

"a", Una compañía situada en el país "x", organiza un banquete con motivo de su 50o. aniversario. Dado que el nivel culinario del país "x" es mediocre, "a" encarga el servicio de comida a un renombrado restaurante parisino. En estas circunstancias, la calidad de la comida que debe servir dicho restaurante no puede ser menor a la calidad media de un restaurante de parís; no bastará alcanzar el nivel medio de dicho servicio en el país "x".

Artículo 5.7
(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.
(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.
(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.
(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Comentario

Regla general para la determinación del precio

Un contrato generalmente fija el precio que deberá pagarse, o establece elementos en base a los cuales puede determinarse dicho precio. Cuando no es éste el caso, el parágrafo (1) de este artículo establece la presunción de que las

partes se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de la celebración del contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. Todos estos requisitos son por supuesto importantes. Esta disposición también permite refutar esta presunción en el supuesto de presentarse cualquier indicación en contrario.

Este artículo se inspira en el art. 55 de cisg. la regla tiene flexibilidad suficiente como para responder a las necesidades del comercio internacional.

Es verdad que en algunos casos el precio generalmente cobrado en el mercado no satisface la prueba del criterio razonable que predomina a lo largo de todo este artículo. En este supuesto deberá recurrirse a la disposición general de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) o eventualmente a alguna de las disposiciones sobre el error, dolo, o desproporción excesiva de las prestaciones (capítulo 3).

Algunos contratos internacionales involucran operaciones que son únicas en su tipo, o por lo menos son muy específicas, para las cuales no es posible remitirse al precio cobrado por prestaciones similares en circunstancias semejantes. De acuerdo al parágrafo (1), se considera en tales supuestos que las partes se han remitido a un precio razonable y la parte en cuestión fijará un precio de acuerdo a un nivel razonable, sujeto a un eventual control por parte de jueces o árbitros.

Ejemplos

"a", una compañía especializada en correo expreso internacional, recibe de "b" un paquete para ser enviado a la mayor brevedad posible de francia a los estados unidos. Nada se dice en cuanto al precio. "a" debe cobrar a "b" el precio comúnmente fijado en el ramo por este tipo de servicio.

El siguiente encargo que "a" recibe de "b" se trata del envío de otro paquete que debe ser enviado, también a la mayor brevedad, a la antártida, donde un grupo de exploradores necesitan de provisiones con urgencia. nuevamente, nada se dice en cuanto al precio, pero en vista de que no existe un parámetro de comparación en el mercado, "a" deberá actuar con un criterio razonable al fijar el precio.

Determinación del precio por una de las partes

En algunos casos el contrato expresamente establece que el precio será determinado por una de las partes. Esto sucede frecuentemente en varios sectores del comercio, como en el de prestación de servicios. El precio no puede ser fácilmente fijado con anticipación y la parte que presta los servicios se encuentra en mejor posición para valorar su costo.

En estos casos, se acatará la voluntad de las partes de dejar a una de las partes determinar el precio. Para impedir posibles abusos, el parágrafo (2) permite a los jueces o árbitros modificar un precio manifiestamente irrazonable, fijando un precio que sea razonable. Esta disposición es de carácter imperativo.

Determinación del precio por un tercero

La cláusula en virtud de la cual el precio deberá ser determinado por un tercero puede dar origen a serias dificultades cuando no se encuentra capacitado para ello (por ejemplo, cuando no ha resultado ser lo experto que se pensaba) o bien cuando se niegue a hacerlo. El parágrafo (3) establece que el precio, eventualmente determinado por jueces o árbitros, debe ser razonable. si el tercero fija el precio en circunstancias que pueden implicar un dolo, una excesiva desproporción de las prestaciones o error, puede ser de aplicación el art. 3.11(2).

Determinación del precio por referencia a factores externos

En algunos casos el precio se determina con relación a factores externos, por lo general un índice publicado o una cotización en un mercado determinado. en los casos en que ese factor deje de existir o de ser accesible, el parágrafo (4) establece que se recurrirá, en sustitución, al factor equivalente más cercano.

Ejemplo

La determinación del precio de un contrato de obra se vincula a varios índices, incluyendo el "índice oficial de precios en el ramo de la construcción" publicado periódicamente por el gobierno de un país determinado. Dicho índice deja de publicarsecuando aúnseencuentran pendientes de pago varias cuotas del precio. La federación de la construcción, una asociación comercial de naturaleza privada, decide comenzar a publicar un índice similar para reemplazar al anterior, en cuyo caso este nuevo índice servirá como sustituto.

Artículo 5.8
(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Comentario

Con frecuencia, en los contratos se establece expresamente su plazo de duración, o bien éste se puede inferir de la naturaleza y finalidad del contrato (v.gr. la asistencia técnica prestada con el fin de ayudar al cumplimiento de cierto trabajo especializado). Sin embargo, existen casos en que la duración del contrato no está determinada ni es determinable. Las partes también pueden estipular que su contrato tenga una duración indefinida.
En tales supuestos, según se establece en este artículo, cualquiera de las partes puede resolver la relación contractual, mediante notificación a la otra con razonable anticipación. Qué debe entenderse por "razonable anticipación" dependerá de circunstancias, tales como el tiempo que las partes llevan colaborando entre sí, la envergadura de sus respectivas inversiones en relación con el contracto, el tiempo necesario para encontrar nuevos socios, etc.
Esta regla puede interpretarse como destinada a "colmar lagunas" en aquellos supuestos en que las partes no han estipulado la duración de su contrato. Sin embargo, ella se relaciona con el principio ampliamente reconocido de que los contratos no vinculan a las partes eternamente y que siempre se puede resolver una relación contractual por tiempo indefinido notificando dicha intención con suficiente anticipación.
Debe distinguirse esta situación del supuesto de resolución o adaptación del contrato por imprevista y excesiva onerosidad sobreviniente (hardship) que contemplan los arts. 6.2.1-6.2.3. En este caso se requiere un cambio fundamental en el equilibrio de las prestaciones del contrato, lo que puede dar lugar, al menos en una primera instancia, a la renegociación de las prestaciones. La regla de este art. 5.8 no requiere que se presenten circunstancias especiales, salvo lo indefinido de la duración del contrato y que éste permita su extinción unilateral.

Ejemplo

"a" acuerda distribuir los productos de "b" en el país "x" durante un tiempo indefinido. cualquiera de las partes puede resolver este contrato unilateralmente, enviando una notificación a la otra parte con razonable anticipación.

Capítulo 6

Cumplimiento

Seccion 1. Cumplimiento en General

Artículo 6.1.1
(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

(a) Si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;
(b) Si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;
(c) En cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

Comentario

Para determinar cuándo debe cumplirse una obligación, este artículo, inspirado en el art. 33 de cisg, contempla tres hipótesis: la primera es cuando en el contrato se ha fijado el momento de cumplimiento o cuando éste es determinable conforme al contrato. Si el contrato no especifica un momento preciso, sino un período durante el cual debe cumplirse la obligación, cualquier momento seleccionado por el deudor dentro de dicho período es aceptable, a menos que de las circunstancias resulte que le corresponde a la otra parte elegir el momento del cumplimiento. En todos los otros casos, el cumplimiento debe llevarse a cabo en un plazo razonable.

Ejemplo

"a" Ofrece asesorar a "b" en los proyectos que éste elabora para adquirir un equipo de computación y software. Ambas partes acuerdan que los expertos

de “a” visitarán a “b” “en mayo”. En principio, le corresponde a “a” comunicar la fecha exacta del mes de mayo en que efectuará la visita. Sin embargo, las circunstancias pueden dejar dicha elección a “b”. Tal sería el caso si el contrato otorgase expresamente a “b” la opción de elegir la fecha; o cuando, por ejemplo, se haya dado por entendido que unos empleados de “b”, que realizan con frecuencia viajes de negocios, deben estar presentes al momento de la visita de los expertos de “a”. véase el art. 6.1.1(b).

“a”, Un constructor de edificios, al excavar para preparar los cimientos, encuentra dificultades inusuales para continuar su labor y le resulta indispensable un equipo especializado del que carece. “a” llama por teléfono a “b”, otro constructor que cuenta con dicho equipo y éste acuerda en prestárselo a “a”. Sin embargo, nada se expresa acerca del momento en que “b” debe entregar dicho equipo. El cumplimiento deberá llevarse “en un plazo razonable” atendiendo a las circunstancias del caso. Como el trabajo ha sido interrumpido por las razones antes mencionadas, y debido a la urgencia en recibir este equipo, la expresión “en un plazo razonable” debe ser entendido en el sentido de que el equipo debe ser entregado casi de inmediato. véase el art. 6.1.1©.

Artículo 6.1.2
(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

Comentario

Algunas veces la prestación debe realizarse en un solo momento (por ejemplo, cuando se trata de la entrega de un objeto en particular); en otros casos debe realizarse dentro de cierto período de tiempo (v.gr. una construcción). Sin embargo, en otros supuestos la obligación es susceptible de cumplimiento instantáneo y en etapas (v.gr. la entrega de mercaderías). el art. 6.1.2 regula esta última situación, en circunstancias en las que no existe una disposición contractual sobre la forma en que deba cumplirse una obligación, o cuando no esto no pueda determinarse del contrato. El principio que se establece es que el cumplimiento debe ser en un solo momento, a menos que las circunstancias indiquen otra forma de cumplimiento.

Ejemplo

"a" Promete a "b" entregarle 100 toneladas de carbón "en marzo". Podría ser materialmente posible y probablemente más conveniente para "a" entregar las 100 toneladas en etapas, por ejemplo, 25 toneladas por mes. Sin embargo, de acuerdo con el art. 6.1.2, "a" deberá entregar las 100 toneladas en un solo momento.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo anterior, con la diferencia de que "b" necesita el carbón en forma gradual para poder hacer frente a sus necesidades. "b" también tiene limitaciones de espacio y no puede almacenar las 100 toneladas en un solo momento. A su vez, "a" tiene conocimiento de las necesidades específicas de "b". En este supuesto, las circunstancias sugieren que "a" debe cumplir su obligación en etapas durante el mes de marzo.

Artículo 6.1.3
(Cumplimiento parcial)

(1) el acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.
(2) los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Comentario

Distinción entre el cumplimiento parcial y el cumplimiento en un solo momento o en etapas

La hipótesis que contempla este art. 6.1.3 debe distinguirse de la contemplada en el anterior art. 6.1.2.
La disyuntiva entre "cumplimiento en un solo momento o en etapas" que contempla el art. 6.1.2 tiene el propósito de resolver una cuestión preliminar en casos especiales. Si el contrato no especifica, ni tampoco ofrece las bases para determinar, si el cumplimiento puede ser efectuado en un solo momento o en etapas, éste debe efectuarse en un solo momento.

El art. 6.1.3 (cumplimiento parcial) tiene un ámbito de aplicación más amplio. Expresa que en el momento en que el cumplimiento debe llevarse a cabo, el acreedor puede rechazar una oferta de cumplimiento parcial. esta regla es aplicable al vencimiento de la obligación, independientemente de que la prestación que se debe realizar en ese momento pueda prestarse en forma global o bien en una etapa del total de dicha prestación (en algunos casos, esta determinación debe hacerse en base al art. 6.1.2).

Ejemplo

"a" Adeuda us$ 1,000,000 a un banco, habiéndose acordado que "a" pague us$ 100,000 el primer día de cada mes, a partir del mes de enero. El primero de abril "a" ofrece pagar sólo $50,000, y el resto dos semanas más tarde. en principio, el banco esta facultado a rechazar la propuesta de "a".

Derecho del acreedor a rechazar, en principio, el cumplimiento parcial

Cuando la prestación (bien sea global o en etapas) se hace exigible al vencimiento de la obligación, ésta debe prestarse en su totalidad. En principio, el acreedor puede rechazar la oferta de un pago parcial, aunque dicha oferta sea acompañada de alguna garantía respecto al resto de la prestación, ya que el acreedor tiene derecho al total de lo estipulado. Como se afirma más adelante, el cumplimiento parcial comporta por lo general un incumplimiento del contrato. Una parte que no recibe el cumplimiento total a su vencimiento puede ejercitar los remedios correspondientes. Como regla general, el acreedor tiene un interés legítimo en reclamar el cumplimiento total de lo que le fue prometido y en el momento en que fue prometido.

El acreedor puede, por supuesto, abstenerse de rechazar la oferta de cumplimiento parcial, reservándose los derechos de incumplimiento, o puede aceptarlos sin ninguna reserva, en cuyo caso el cumplimiento parcial no podrá ser considerado más tarde como un incumplimiento.

Ejemplo

"a" Desea abrir una sucursal en bruselas, para lo cual decide arrendar un local en un edificio en construcción, en donde se ubicarán dichas oficinas. El edificio debe ser finalizado a tiempo para que "a" pueda mudarse el 1° de setiembre. En esa fecha, sólo cuatro de las diez oficinas se encuentran disponibles para "a",

a quien se le asegura que las seis oficinas restantes estarán listas dentro de un mes. En principio, "a" puede rehusar a instalarse en las cuatro oficinas.

Derecho del acreedor a rechazar el cumplimiento parcial, siempre que tenga interés legítimo en hacerlo

Pueden presentarse situaciones en que el interés legítimo del acreedor en recibir el cumplimiento total no sea evidente, y que la aceptación momentánea de un cumplimiento parcial no ocasione ningún daño al acreedor. Si el deudor prueba este supuesto, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento parcial (sujeto a lo dispuesto en el parágrafo (2)), en cuyo caso no puede hablarse de incumplimiento de la obligación. Este resultado puede ser considerado una consecuencia del principio general de buena fe y lealtad negocial enunciado en el art. 1.7.

Ejemplo

Una línea aérea promete transportar diez automóviles de italia a brasil y entregarlos todos juntos en una fecha determinada. cuando debe cumplirse la obligación, ciertas circunstancias hacen difícil, aunque no imposible, para la línea aérea encontrar suficiente espacio en un solo vuelo. La linea aérea sugiere cumplir su obligación en dos entregas sucesivas durante la misma semana. Se comprueba que este proceder no causaría ningún inconveniente al comprador de los automóviles, quien en realidad no los necesita sino hasta el mes próximo. en este caso el acreedor carece de un interés legítimo para rehusar el cumplimiento parcial.

El deudor debe sufragar los gastos adicionales ocasionados por el cumplimiento parcial

Aceptar un cumplimiento parcial puede ocasionar gastos adicionales al acreedor, que en todo caso deben ser cubiertos por el deudor. Si el cumplimiento parcial se convierte en un incumplimiento (y así sucede con frecuencia), estos gastos formarán parte del resarcimiento, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor. Si el cumplimiento parcial no llega a convertirse en un incumplimiento, el deudor sólo debe pagar los gastos adicionales. Este supuesto podría presentarse, por ejemplo, si se ha demostrado que el acreedor carece de interés legítimo para rehusar una oferta de cumplimiento parcial, o si le ha parecido aceptable la oferta de cumplimiento parcial y no ha hecho reserva de sus derechos.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3. si el comprador debió sufragar otros gastos para recoger los automóviles en el aeropuerto en dos oportunidades, dichos gastos serán cubiertos por la línea aérea.

Artículo 6.1.4
(Secuencia en el cumplimiento)

(1) en la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.
(2) en la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Comentario

En los contratos bilaterales, donde ambas partes tienen prestaciones recíprocas, surge la elemental pero compleja cuestión acerca de cuál de las prestaciones debe cumplirse primero. Si las partes no han estipulado al respecto, en la práctica la solución dependerá de los usos, aunque en muchos casos las prestaciones de las partes pueden realizarse en momentos diferentes.
El art. 6.1.4 establece dos principios de amplio espectro, reconociéndose en ambas instancias que las circunstancias pueden indicar otra forma de cumplimiento. El propósito principal de este artículo es llamar la atención de las partes acerca del orden en el cual deben efectuar sus prestaciones, además de incentivarlas a que incluyan, cuando fuese necesario, una cláusula apropiada al caso. este artículo distingue entre el supuesto en que las partes deben efectuar sus prestaciones en forma simultánea y aquél en que sólo el cumplimiento de una de las partes requiere de un plazo.

Siempre que sea posible, el cumplimiento debe ser simultáneo

En la primera situación, las partes se encuentran obligadas a cumplir simultáneamente (parágrafo (1). Un vendedor está facultado para recibir el pago cuando hace la entrega, pero las circunstancias pueden indicar otra forma de cumplimien-

to. tal sería el caso de alguna excepción en virtud de las cláusulas del contrato, o cuando los usos permitan a una parte cumplir un poco después que la otra.

Ejemplo

"a" y "b" Acuerdan permutar cierta cantidad de petróleo por cierta cantidad de algodón. a menos que las circunstancias indiquen otra forma de cumplimiento, ambas cosas deberán intercambiarse simultáneamente.

Excepción cuando el cumplimiento requiere de un plazo

En la medida en que el cumplimiento de una sola de las partes tiene un plazo establecido, como en el caso de los contratos de construcción o en la mayoría de los supuestos de prestación de servicios, la regla establecida en el parágrafo (2) es que dicha parte está obligada a efectuar primero su prestación. Muchas veces las circunstancias indican otra forma de cumplimiento. Tal es el caso de las pólizas de seguro que suelen ser pagadas antes de que el asegurado reciba la contraprestación, como también el pago del arrendamiento y del transporte. En los contratos de construcción, los pagos suelen efectuarse en etapas mientras se construye la obra.

Ejemplo

"a" Promete enviar un dictamen jurídico por escrito a fin de asesorar a "b" en un arbitraje. a menos que exista una cláusula acerca de cuándo "a" debe recibir el pago por dicho servicio, "a" debe preparar el dictamen antes de solicitar el pago.

Relación entre el orden de cumplimiento de las prestaciones y la facultad de suspender el cumplimiento

Este artículo establece normas que condicionan la aplicación del art. 7.1.3, que se refiere al derecho de suspender el cumplimiento.

Artículo 6.1.5
(Cumplimiento anticipado)

(1) el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) la aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.
(3) los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Comentario

En principio, el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado

Cuando el momento del cumplimiento ha sido determinado (conforme con el art. 6.1.1), la prestación debe realizarse en ese momento. En principio, el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado. El momento establecido para el cumplimiento, por lo general, tiende a acomodarse a las actividades del acreedor, lo que hace presumir que un cumplimiento anticipado le ocasionará molestias. por lo tanto, el acreedor tiene un interés legítimo en rechazarlo, y el cumplimiento anticipado, en principio, equivale al incumplimiento del contrato.
El acreedor puede, por supuesto, abstenerse de rechazar el cumplimiento anticipado y reservar sus derechos por incumplimiento. También puede aceptar el cumplimiento anticipado sin hacer reserva alguna, en cuyo caso el cumplimiento anticipado no puede ser considerado como un incumplimiento.

Ejemplo

"a" Acuerda prestar el día 15 de octubre el servicio anual de todos los ascensores del edificio donde se encuentran las oficinas de "b". Los empleados de "a" llegan el día 14, cuando se lleva a cabo en ese edificio un encuentro importante al que concurren muchos visitantes. "b" puede rechazar el cumplimiento anticipado ofrecido por "a" el 14 de octubre, debido a los obvios inconvenientes que ocasionaría.

El derecho del acreedor a rechazar el cumplimiento anticipado se encuentra condicionado a su interés legítimo para hacerlo

El interés legítimo del acreedor en que la prestación se cumpla en el momento indicado puede que no sea tan claro, y que no le ocasione un daño significativo el aceptar el cumplimiento anticipado. Si el deudor demuestra que este

es el caso, el acreedor no podrá rechazar dicho cumplimiento anticipado.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, pero no existe diferencia alguna entre el día 14 y 15 de octubre. en este caso, "a" podría probar que "b" carece de interés legítimo para rechazar el cumplimiento anticipado.

Aceptación del cumplimiento anticipado y su impacto sobre el cumplimiento

Si el acreedor acepta el cumplimiento anticipado ofrecido por la otra parte, cabe determinar en qué medida esto afecta el cumplimiento de las obligaciones propias del acreedor. El parágrafo (2) contempla el caso en que las obligaciones sujetas a cierto plazo no tienen relación con el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, en cuyo caso el plazo de cumplimiento no sufre modificación alguna.

Este parágrafo (2), empero, no contempla si el cumplimiento de una de las partes se relaciona con el momento del cumplimiento de la otra parte. Varias situaciones pueden presentarse en este caso. Las circunstancias pueden indicar un interés legítimo del acreedor para rechazar el cumplimiento anticipado, en cuyo caso no se afecta el plazo de cumplimiento del acreedor. Si el cumplimiento anticipado es aceptado con todas las reservas del caso que implica tal incumplimiento, el acreedor también puede reservar su derecho al plazo de cumplimiento. Si el cumplimiento anticipado es aceptable para el acreedor, éste puede al mismo tiempo decidir si acepta o no las consecuencias que dicho cumplimiento anticipado proyecta sobre sus propias obligaciones.

Ejemplo

"b" Se obliga a entregar mercaderías a "a" el 15 de mayo y "a" a pagarlas el 30 de junio. "b" desea entregar las mercaderías el 10 de mayo y "a" no tiene un interés legítimo para rechazar este cumplimiento anticipado. sin embargo, la aceptación de este cumplimiento anticipado no afecta el plazo pactado para el pago del precio por parte de "a", que se determinó independientemente de la fecha de entrega de las mercaderías.

"b" Se obliga a entregar mercaderías a "a" el 15 de mayo y "a" a pagarlas en el momento de "recibirlas". si "b" ofrece las mercaderías el 10 de mayo, dependiendo de las circunstancias, "a" puede: a) rechazar el cumplimiento

anticipado aduciendo de que puede pagar en esa fecha, b) aceptar las mercaderías y condicionar su pago al plazo originalmente pactado, o c) aceptar las mercaderías y pagar de inmediato.

Los gastos adicionales ocasionados por el cumplimiento anticipado son a cargo de la parte que se adelanta en el cumplimiento

La aceptación del cumplimiento anticipado puede ocasionar gastos adicionales al acreedor, que en todo caso deben ser cubiertos por la otra parte. Si el cumplimiento anticipado equivale al incumplimiento (que es el supuesto más común), dichos gastos constituyen parte del resarcimiento, sin perjuicio de otros derechos y acciones que le puedan corresponder. Si el cumplimiento anticipado no equivale al incumplimiento, el acreedor sólo tiene derecho a ser reembolsado por esos gastos. Este sería el supuesto en que el acreedor no tenga un interés legítimo para rechazar la oferta de cumplimiento anticipado, o bien haya aceptado dicho cumplimiento anticipado sin hacer reserva alguna.

Ejemplo

"a" Carece de interés legítimo para rechazar la entrega de mercaderías el 10 de mayo en lugar del 15 de mayo, pero "b" debe pagar el alquiler de las instalaciones donde almacenarán las mercaderías durante los cinco días adicionales.

Artículo 6.1.6
(Lugar del cumplimiento)

(1) si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:

(a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;
(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Comentario

Lugar del cumplimiento cuando ha sido determinado o se pueda determinar en base al contrato

El lugar de cumplimiento de una obligación suele determinarse en virtud de una cláusula expresa del contrato o, cuando fuese posible, en base al contrato en su conjunto. Es evidente, por ejemplo, que la obligación de construir un edificio debe cumplirse en el terreno destinado a la construcción, y que la obligación de transportar mercaderías debe cumplirse de acuerdo con la ruta que se ha acordado.

Necesidad de reglas supletorias

Sin embargo, es necesario establecer reglas que regulen los casos en los que el contrato guarde silencio o cuando las circunstancias no permitan determinar el lugar de cumplimiento. el art. 6.1.6(1) prevé dos soluciones.

La regla general es que una parte debe cumplir sus obligaciones en su propio establecimiento. La segunda regla, específica para las obligaciones dinerarias, señala como lugar de pago aquél en el que se realiza la contraprestación, es decir, en donde se encuentra el "establecimiento del acreedor" (norma sujeta a la aplicación del art. 6.1.8., que se refiere al pago por transferencia de fondos).

Puede que no sean las mejores soluciones más satisfactorias para todos los supuestos que pueden presentarse, pero es necesario regular el supuesto en que las partes no han acordado nada al respecto o en el que las circunstancias no indican otro lugar de cumplimiento.

Ejemplo

"a" Desea que algunos de sus ingenieros aprendan el idioma del país "x", en el que trabajarán por algún tiempo. con esta finalidad, "a" celebra un contrato con "b", una escuela de idiomas, para que dicte un curso intensivo a los ingenieros. Si nada se estipula respecto al lugar de cumplimiento, las lecciones deberán impartirse en el establecimiento de "b". véase el art. 6.1.6(1)(b).

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1. "b" envía la cuenta a "a". el costo de las lecciones deberá, en principio, ser pagado en el establecimiento de "b". véase el art. 6.1.6(1)(a).

Consecuencias del cambio de establecimiento de una parte con posterioridad a la celebración del contrato

Como el lugar del establecimiento de cada una de las partes es importante a los efectos del parágrafo (1), deben contemplarse las situaciones que pueden presentarse cuando una de las partes cambia su domicilio después de celebrado el contrato. Esta mudanza puede ocasionar gastos adicionales a la parte que debe cumplir una obligación. La norma establecida en el parágrafo (2) es que cada parte debe pagar los gastos del cumplimiento ocasionados por un cambio de su establecimiento con posterioridad a la celebración del contrato.

La mudanza del establecimiento comercial puede ocasionar otros inconvenientes a la otra parte, en cuyo caso la obligación de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) y el deber de cooperación entre las partes (art. 5.3) imponen con frecuencia a la parte que cambia su domicilio la obligación de notificar oportunamente dicho cambio a la otra parte, a fin de que ésta pueda hacer los cambios necesarios.

Ejemplos

"a" Contrata prestar asistencia técnica a "b", estipulándose que "a" debe capacitar a diez de los ingenieros de "b" durante un período de dos meses en el establecimiento de "a". Los ingenieros serán alojados en un hotel local que cobra tarifas razonables, en razón de que el establecimiento de "a" se encuentra en una zona rural. Después de celebrado el contrato y antes de que lleguen los ingenieros, "a" comunica a "b" que se ha trasladado a la capital, en donde las tarifas de los hoteles son mucho más altas. independientemente de si los costos del alojamiento debieran ser pagados por "a" o por "b", el incremento en el costo del hotel debe ser absorbido por "a".

El 3 de mayo de cada año, "a" debe pagar regalías a "b" en el establecimiento de este último. "b" se muda a otro país, por lo que los pagos de "a" requieren de cierto tiempo para llegar a "b" (v.gr. dos meses). Con anterioridad a la mudanza de "b", "a" entregaba una orden de transferencia de fondos a su banco alrededor del 15 de abril, pero si ahora desea evitar la mora en el pago, la orden de transferencia debe ser dada, por lo menos, a finales de marzo. "b" tiene el deber de informar a "a" la dirección de su nuevo establecimiento con suficiente anticipación, de tal forma que le permita a "a" hacer los cambios necesarios para el pago y, además, "b" debe pagar los gastos adicionales.

Artículo 6.1.7
(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) el pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.
(2) no obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del parágrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta sola-mente bajo la condición de que sea cumplida.

Comentario

Para liberarse de una obligación dineraria, el deudor suele recurrir a un cheque o a otros instrumentos de pago, o a una transferencia de fondos entre instituciones financieras. con excepción de la "ley modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito", los problemas que se presentan en esta materia raramente han sido legislados. Sin el propósito de regular detalladamente una materia sujeta a rápidas transformaciones tecnológicas, los arts. 6.1.7 y 6.1.8 establecen algunos principios básicos que pueden ser de utilidad en materia de pagos internacionales.

Regla general referente a la forma del pago

El parágrafo (1) establece que el pago puede efectuarse en cualquier forma normalmente utilizada en el curso de los negocios en el lugar de pago. salvo la reserva hecha en el parágrafo (2), el deudor puede pagar, por ejemplo al contado, con un cheque, con un giro bancario, con una letra de cambio, con tarjeta de crédito o con cualquier otra forma de pago que permitan los nuevos medios electrónicos, siempre y cuando el medio elegido sea usual en el lugar de pago, generalmente el lugar donde el acreedor tiene su establecimiento. en principio, el acreedor debe aceptar el pago realizado en la forma acostumbrada en el lugar donde se encuentra su establecimiento.

Ejemplo

"a", Un importador de luxemburgo, recibe una factura de mercaderías compradas a "b", una compañía ubicada en América Central, a quien le paga mediante el envío de un eurocheque. "b" puede rechazar esta forma de pago

en el supuesto de que los bancos de su país no estén familiarizados con los eurocheques.

Se presume que el pago es aceptado a condición de que el instrumento de pago sea efectivamente pagado

El parágrafo (2) establece el principio generalmente reconocido de que la aceptación del acreedor de los instrumentos que han de ser pagados por una institución financiera o por otra persona (una tercera persona o el mismo deudor) está sujeta a la condición de que dicho instrumento sea efectivamente pagado.
Los usos pueden ocasionalmente contradecir esta presunción. por ejemplo, en algunos países la entrega de un instrumento de pago, tales como un cheque certificado, un documento negociable emitido por un banco a la orden de otro y cheques que el banco certifica que serán pagados se considera equivalente al pago realizado por el deudor, transmitiéndose de esta forma al acreedor el riesgo de la insolvencia del banco. En estos países, la regla del art. 6.1.7(2) sólo se aplica a los llamados cheques personales.

Ejemplo

"a", Un contratista, debe pagar a "b", un subcontratista, por el trabajo realizado. "a" sufre una crisis de liquidez ocasionada por su cliente "c", quien ha incurrido en mora en el primer pago adeudado a "a". Empero, "c" ha librado en favor de "a" una serie de pagarés que cubren el monto de su deuda. "a" ofrece pagar a "b" mediante una cesión a su favor de dichos pagarés. como no se trata de un modo usual de pago, probablemente "b" no se encuentra obligado a aceptar dicho pago), pero si los acepta, dicha aceptación se condiciona al pago de los pagarés por parte de "c" a su vencimiento.

Artículo 6.1.8
(Pago por transferencia de fondos)

(1) el pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.
(2) en el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

Comentario

Admisibilidad de transferencias de fondos

El principio enunciado en el art. 6.1.6 se refiere al pago de obligaciones dinerarias a efectuarse en el establecimiento del acreedor, mientras que el parágrafo (1) de este artículo establece que el pago también puede efectuarse por una transferencia a alguna de las instituciones financieras en las cuales el acreedor ha hecho saber que tiene una cuenta. Sin embargo, si el acreedor ha indicado una cuenta en especial, el pago debe ser hecho en dicha cuenta. Naturalmente, el acreedor también puede solicitar que el pago no se realice por una transferencia de fondos.

Ejemplo

"a", Un Astillero establecido en Helsinki, repara un buque propiedad de "b", una empresa sueca. "a" envía su factura en cuyo membrete aparece una cuenta bancaria en finlandia y otra en suecia. salvo que "a" indique que el pago debe realizarse en la cuenta finlandesa, o señale que la transferencia de fondos debe efectuarse en otra forma diversa, "b" puede pagar por una transferencia de fondos a la cuenta sueca.

Cuándo se hace efectivo el pago por transferencia de fondos

El parágrafo (2) aborda la difícil cuestión de determinar el momento en que la transferencia de fondos se considera efectuada, esto es, el momento en que el deudor se libera de su obligación. el tema es de suma importancia, por ejemplo, para decidir si un pago ha sido efectuado dentro del plazo, o en el supuesto de que uno de los bancos no transfiera el pago que ha recibido del deudor. la determinación de una solución adecuada ha suscitado controversias importantes en varios países y foros internacionales. Se han sugerido varias soluciones, a saber: el momento en que opera el descuento en la cuenta del emisor, el momento en que el pago se acredita en la cuenta del banco que transfiere los fondos, el reporte del crédito en dicha cuenta, el momento en que el banco receptor decide aceptar el crédito, el momento de entrada del crédito en banco receptor, el reporte de que esta operación se ha realizado, etc. El problema se agudiza por los cambios en los métodos de transferencia de fondos que posibilitan los nuevos mecanismos de transferencia electrónica de datos y porque las prácticas bancarias difieren de un banco a otro.

Esta incertidumbre complica la adopción de una regla fija que resuelva el problema de cuándo se ha realizado un pago por transferencia de fondos. el parágrafo (2) de este artículo, no obstante, presta alguna utilidad al establecer un principio básico que permitirá encontrar una solución precisa para cada caso. un pago será efectivo cuando se haga efectivo el traspaso de fondos a la institución financiera del acreedor. Esta solución parte de la premisa de que la institución actúa como agente del acreedor. esto significa que el pago no será efectivo simplemente porque se haya dado la orden a la institución financiera del deudor y ésta haya procedido a descontar los fondos de la cuenta del deudor. Sin embargo, el pago es efectivo antes de que le sea notificado al acreedor o de que dicho pago sea acreditado en su cuenta por su institución financiera, aunque el momento preciso en que el pago a la institución financiera del acreedor es efectivo depende de las prácticas bancarias aplicables a cada caso.

Ejemplo

"a", Un licenciatario, entrega a su banco "c" una orden de transferencia de fondos por us$ 5,000, suma a la que asciende el pago de regalías que adeuda a "b", el licenciante. "b" tiene una cuenta con el banco "d". "c" descuenta dicha suma de la cuenta de "a", pero no transmite los fondos a "d", y poco después "c" es declarada en quiebra. "a" no ha realizado el pago a "b".

Artículo 6.1.9
(Moneda de pago)

(1) si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o
(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este artículo.

(3) el pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.
(4) sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación
o en el momento del pago efectivo.

Comentario

Las obligaciones dinerarias suelen expresarse en cierta moneda (unidad de cuenta) y por lo general el pago debe realizarse en la misma moneda. Sin embargo, cuando la moneda del lugar de pago sea diversa de la moneda de cuenta, los parágrafos (1) y (2) de este artículo establecen reglas para los casos en que el deudor pueda o deba efectuar el pago en la moneda del lugar del pago.
Obligación dineraria en moneda distinta a la del lugar de pago

Por lo general, el deudor puede efectuar el pago en la moneda del lugar del pago. Esto puede ofrecer ventajas prácticas y, si dicha moneda es convertible libremente, no ocasionará problemas al acreedor.
Esta regla no se aplica si la moneda del lugar de pago no es de libre convertibilidad. además, las partes pueden excluir la aplicación de esta regla acordando que el pago solamente podrá efectuarse en la moneda en la que la obligación dineraria fue expresada (cláusula de numerario). si el acreedor desea que el pago sólo se realice en la moneda de cuenta, así lo debe expresar en el contrato.

Ejemplos

"a", Una compañía francesa, recibe un pedido de maquinarias de un comprador brasilero. el precio ha sido estipulado en dólares estadounidenses. Conforme al art. 6.1.6, el pago de una obligación dineraria debe efectuarse, en principio, en el establecimiento del acreedor, esto es, en Francia. Si a la compañía brasilera le resulta más conveniente, puede efectuar el pago en francos franceses. véase el art. 6.1.9(1).
La misma compañía francesa debe abastecerse con frecuencia de los estados unidos para obtener determinadas piezas de las maquinarias, estipulándose que el pago del comprador brasilero sea efectuado únicamente en dólares esta-

dounidenses. en este caso, el pago sólo puede efectuarse en dólares. véase el art. 6.1.9(1)(b).

La misma compañía francesa tiene una fábrica en el país "x", en donde se arman las maquinarias. El contrato establece que el comprador brasilero debe pagar el precio a la subsidiaria en el país "x". dado que la moneda del país "x" no es convertible, el pago sólo podrá efectuarse en dólares. véase el art. 6.1.9(1)(a).

Imposibilidad del deudor para realizar el pago en una moneda distinta a la acordada

Puede resultar imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda estipulada, bien debido a reglas de control de cambio o de otras normas imperativas, o a otras causas que imposibilitan al deudor conseguir una cantidad suficiente de divisas. el parágrafo (2) permite al acreedor de reclamar el pago en la divisa del lugar de pago, a pesar de que el contrato celebrado incluye una cláusula "de numerario". Esta es una opción adicional para el acreedor, quien puede considerarla no sólo aceptable sino hasta provechosa en determinadas circunstancias. Esta opción no impide el ejercicio de otros remedios (v.gr. el resarcimiento de los daños y perjuicios) en el supuesto de que el deudor se encuentre imposibilitado de pagar en la moneda de cuenta el equivalente al incumplimiento del contrato (v.gr. daños y perjuicios).

Ejemplo

"a", Un banco suizo, otorga un préstamo a "b" de us$ 1,000.000 a "b", que debe ser reembolsado en lugano. al vencimiento de la obligación, "b" no puede conseguir los dólares necesarios. "a", enterado de los depósitos de "b" en francos suizos en otro banco local, puede reclamar el pago en francos suizos, a pesar de que el contrato establezca que el pago podrá efectuarse únicamente en dólares estadounidenses. véase el art. 6.1.9(2).

Determinación del tipo de cambio aplicable

Los parágrafos (3) y (4) abordan el problema de la determinación del tipo de cambio que ha de regir cuando el pago se realiza en la moneda del lugar de pago, en lugar de la moneda estipulada en el contrato. Esta situación puede presentarse cuando el deudor recurre a lo previsto en el parágrafo (1) o cuando el acreedor recurre a las disposiciones del parágrafo (2).

Este artículo ofrece dos soluciones ampliamente aceptadas. en la generalidad de los casos, el tipo de cambio es el vigente en el momento en que se efectúa el pago. Sin embargo, si el deudor incurre en mora, el acreedor puede optar entre el tipo de cambio en vigor en el momento en que el pago debió efectuarse, o bien el tipo vigente en el momento en que efectivamente se realiza el pago.
La doble referencia al tipo de cambio "aplicable" se justifica por el hecho de que existen diferentes tipos de cambio atendiendo a la naturaleza de la operación.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 4. "a" elige ser pagado en francos suizos y el pago que debió efectuarse el 10 de abril recién se hace efectivo el 15 de septiembre. el tipo de cambio el 10 de abril era de 2 francos suizos por un dólar estadounidense, mientras que el 15 de septiembre era de 2.15 francos suizos por dólar. "a" tiene derecho a aplicar el último tipo de cambio. si el dólar se ha devaluado en lugar de haber incrementado su valor, "a" puede optar por el tipo de cambio vigente el 10 de abril.

Artículo 6.1.10
(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

Comentario

Determinar la moneda de pago de una obligación resulta problemático cuando esta determinación no ha sido expresada en el contrato. aunque sea poco frecuente, no hay duda de que este supuesto puede presentarse. Un contrato, por ejemplo, puede estipular que se pagará el "precio vigente" o a determinarse por una tercera persona, o bien puede estipularse que algunos costos serán reembolsados por una parte a la otra, sin especificarse la moneda en que debe efectuarse el pago. La norma establecida en el art. 6.1.10 es que en dichos casos el pago deberá efectuarse en la moneda de curso legal en el lugar del pago.
El art. 6.1.10 no se refiere a la unidad monetaria en que deberá pagarse el resarcimiento, materia regulada por el art. 7.4.12 dentro del capítulo que se refiere al incumplimiento.

Ejemplo

"a", Un cliente holandés, instruye a su agente de bolsa, "b", para que compre acciones en la bolsa de valores de francfurt. si "b" paga por las acciones en marcos alemanes, ¿la factura enviada a "a" debe ser pagada en marcos alemanes o en florines holandeses? si "a" efectúa el pago a "b" en amsterdam, el pago deberá efectuarse en florines holandeses.

Artículo 6.1.11
(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

Comentario

El cumplimiento de las obligaciones suele acarrear gastos que pueden revestir diferentes formas: gastos de transporte por la entrega de mercaderías, comisiones bancarias por la transferencia de fondos, aranceles a pagar cuando se solicita una autorización, etc. En principio, estos gastos deben ser cubiertos por la parte que cumple con la obligación.

Por supuesto que las partes pueden convenir lo contrario, y nada impide a la parte cumplidora incluir dichos costos en el precio. La norma establecida en el art. 6.1.11 se aplica en ausencia de este tipo de convenio.

Este artículo determina quién debe soportar los gastos derivados del cumplimiento, no quién debe pagarlos. Aunque suele tratarse de la misma persona, pueden presentarse otro tipo de situaciones, como cuando la legislación fiscal de un país impone el deber de pagar a una persona determinada; si la persona obligada al pago es diferente a la que debe soportar los gastos conforme con el art. 6.1.11, esta última podrá solicitar a la anterior el reembolso de los gastos.

Ejemplo

"a", Un asesor, acuerda enviar a cinco expertos a realizar una auditoría de la compañía de "b". Nada se pacta acerca de los viáticos de los expertos, que no han sido tomados en cuenta por "a" al fijar sus honorarios. "a" no puede añadir los viáticos a la factura.

Artículo 6.1.12
(Imputación de pagos)

1) un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.
2) si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.
3) a falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;
c) la obligación que es más onerosa para el deudor;
d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

Comentario

Los artículos 6.1.12 y 6.1.13 tratan del clásico problema de la imputación del pago. si un deudor tiene varias obligaciones dinerarias con el mismo acreedor y realiza un pago cuya cuantía es inferior al total de sus deudas, surge el problema de determinar a cuál de dichas deudas debe imputarse lo pagado.
El art. 6.1.12, que se inspira en principios ampliamente reconocidos, ofrece al deudor la posibilidad de realizar la imputación de su pago a la deuda que más le convenga, previendo que todo gasto e interés deberá ser descontado antes que el capital. En ausencia de una imputación por el deudor, esta disposición faculta al acreedor a imputar el pago recibido, aunque no puede hacerlo con respecto a una deuda controvertida. el parágrafo (3) establece los criterios que se aplicarán en ausencia de una imputación de las partes.

Ejemplo

En virtud de varios contratos, "a" recibe tres préstamos del banco "b", de us$ 100,000 cada uno. el pago debe efectuarse el 31 de diciembre. El 2 de enero,

"b" recibe us$ 100,000 de "a", junto con una nota imprecisa que expresa: "en reembolso del préstamo." en ese momento, "b" presta poca atención a la cuestión, pero tres meses después entabla una demanda contra "a" por el cobro de los us$ 200,000 restantes. Las partes no se ponen de acuerdo respecto a cuál de los tres préstamos debe imputarse el pago realizado en enero. "b" contaba con garantías semejantes para los tres préstamos, pero el tipo de interés era diferente en cada caso: 8% de interés sobre el primer préstamo; 8.50% para el segundo y 9% de interés para el tercero. el pago efectuado en enero debe imputarse en este caso al tercer préstamo.

Artículo 6.1.13
(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

Comentario

El problema de imputación del pago suele vincularse con el pago de obligaciones dinerarias, pero pueden presentarse dificultades semejantes con obligaciones de otra naturaleza. El art. 6.1.13 expresa que las reglas sobre imputación del pago aplicables a las obligaciones dinerarias se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a las obligaciones no dinerarias.

Ejemplo

"a" Debe construir obras en diversas localidades de un país africano. para cumplir con su trabajo, celebra con "b" cinco contratos separados y sucesivos, en virtud de los cuales "b" se obliga a entregarle a "a" diversas cantidades de cemento en amberes, en la misma fecha y transportadas en el mismo barco. los cinco contratos son similares, con excepción del tercero y quinto contrato, que incluyen cláusulas penales de monto muy alto para el caso de demora en la entrega del cemento. Debido a ciertas complicaciones, "b" sólo puede entregar parte del cemento. En el momento de la entrega, "b" puede indicar que el cemento entregado deberá imputarse en pago del tercero y quinto contrato.

Artículo 6.1.14
(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y
b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

Comentario

Si la validez o el cumplimiento de un contrato se condiciona al otorgamiento de una autorización publica, debe determinarse a quién le corresponde tramitar esa solicitud (art. 6.1.14), el momento en que debe ser solicitada (art. 6.1.15), las consecuencias jurídicas de la falta de respuesta oportuna (art. 6.1.16) y su denegación (art. 6.1.17).
Ambito de aplicación de la solicitud

Estos principios no se ocupan de la relevancia jurídica del requisito de obtener una autorización pública. Qué tipo de autorización es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinará conforme a la ley aplicable, incluyendo las normas de derecho internacional privado.
Los tribunales nacionales tienden a reconocer los requisitos de autorización pública que son impuestos por lex fori, y algunas veces los prescritos por la lex contractus. Los tribunales arbitrales pueden gozar de mayor discreción que los tribunales judiciales nacionales para decidir las autorizaciones que deben obtenerse a los fines de la validez o ejecución del contrato.
En virtud del art. 7(2) de la convención de Roma de 1980 y de otras normas de derecho internacional privado, también pueden ser relevantes los requisitos de autorización pública impuestos por la ley de otros estados que tienen alguna relación con el contrato. Las normas de algunos ordenamientos jurídicos que son de aplicación extraterritorial (long-arm statutes) también pueden establecer la necesidad de obtener una autorización pública por parte de licenciatarios o empresas subsidiarias localizadas en el extranjero. este artículo estable-

ce la presunción de que dichas solicitudes deben ser tramitadas conforme al derecho aplicable.

a) Significado amplio de "autorización pública"

La expresión "autorización pública" debe ser interpretada en su sentido más amplio. ella puede incluir todos los requisitos establecidos para la obtención de un permiso o autorización de interés publico, tales como sanidad, seguridad y bienestar social, o en virtud de políticas comerciales específicas. No importa determinar cuál es la naturaleza de la licencia o del permiso solicitado, ni tampoco si debe ser otorgado por una institución gubernamental o no, o si se trata de una institución a quien el gobierno le ha delegado, para ciertos propósitos, la facultad de conceder tales autorizaciones. Por lo tanto, la autorización de un banco privado para efectuar pagos conforme a las reglas de control de cambios en vigencia se considera una "autorización pública" para los efectos de este artículo.

b) Momento para exigir una autorización pública

Los requisitos de autorización pública a los que se refiere este artículo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podrán también aplicarse a las autorizaciones públicas que pueden exigirse después de la celebración del contrato.

c) La autorización pública puede afectar la validez del contrato en todo o en parte

Las disposiciones sobre el requisito de obtener una autorización pública se aplican tanto a las que afectan al contrato en su totalidad, como aquellas que sólo afectan algunas de sus disposiciones. no obstante, se aplicarán normas diferentes dependiendo de las consecuencias jurídicas de no obtener dicha autorización que afectan al contrato en su conjunto o sólo en parte. véanse los arts. 6.1.16(2) y 6.1.17.

d. La autorización pública puede afectar la validez o el cumplimiento de un contrato

La ausencia de la autorización requerida puede nulificar el contrato o hacer imposible su cumplimiento. a pesar de que las consecuencias jurídicas de no obtener la autorización requerida pueden ser diferentes, surgen los mismos problemas respecto a la tramitación o la obtención de dicha autorización. en

cuanto a otras consecuencias, el art. 6.1.17(2) establece que las reglas aplicables al incumplimiento también son aplicables a las situaciones en que el rechazo de una solicitud torne imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

Deber de informar del requisito de la autorización pública

No existe una regla que imponga el deber de informar del requisito de la autorización pública. Sin embargo, cuando las normas que requieren una autorización pública no son accesibles, la parte obligada a obtener la autorización debe divulgar dicho requisito. Por lo tanto, el principio fundamental de la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) puede imponer a la parte cuyo establecimiento se encuentre en el estado donde debe solicitarse la autorización que informe a la otra parte de la existencia de tal requisito. En caso de no hacerlo, el tribunal podrá prescindir de la autorización, o bien podrá concluir que la parte que no informó la existencia de esta solicitud, garantizó implícitamente que la autorización sería otorgada.

Parte obligada a tomar las medidas necesarias para la obtención de la autorización pública

a) La parte cuyo establecimiento se encuentre en el estado que requiere la autorización pública

La regla establecida en el inciso (a) de este artículo, al imponer el deber de tramitar la autorización a la parte cuyo establecimiento se encuentre en el estado que la requiere, refleja una práctica corriente en el comercio internacional. Esta parte es quien probablemente se encuentre más familiarizada con este tipo de autorizaciones, tanto en lo que se refiere a la manera de solicitarla como a su tramitación, por lo que se encuentra mejor ubicada para tramitar diligentemente una autorización administrativa.

Si una de las partes necesita mayor información de la otra parte para completar la solicitud de autorización (v.gr. con respecto al destino final de las mercaderías o el propósito del contrato), la otra parte debe brindársela conforme a su deber de cooperación (art. 5.3). Si dicha parte se niega a brindar la información, no podrá entonces confiar en que la otra pueda cumplir su obligación. el deber de cooperación con la otra parte también se aplica en el supuesto de que el contrato estipule que una de las partes absorbe la carga de tramitar un pedido de autorización pública. Por lo tanto, si las partes han incorporado en

su contrato la expresión "ex works", que impone al comprador asumir prácticamente todas las obligaciones desde que la mercancía es recibida en la fábrica del vendedor, el vendedor debe proporcionar al comprador "a solicitud, riesgos y gastos de este último, toda la asistencia necesaria para obtener cualquier licencia de exportación u otra autorización oficial necesaria para la exportación de las mercaderías" (incoterms 1990, a2. véase también b2).

b) parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización pública

El inciso (b) de este artículo contempla los casos en que ninguna de las partes tenga su establecimiento en el estado que exige la autorización. también se prevé el supuesto de un contrato de naturaleza internacional en el que ambas partes tengan su establecimiento en el mismo estado. En ambos supuestos, la parte cuyo cumplimiento requiera de una autorización administrativa debe emplear todos los medios necesarios para obtenerla.

Ejemplo

"a", Un constructor cuyo establecimiento comercial se encuentra en el país "x", vende una planta "llave en mano" (on a turn-key basis) a "b, cuyo establecimiento se encuentra en el país "y". La aprobación del trabajo deber obtenerse en el país "y", luego de efectuarse las verificaciones de funcionamiento del caso. Por un lado, "a" debe tramitar una autorización pública requerida en el país "x", como así también obtener autorizaciones de terceros países (en tránsito, o aquellos donde se efectúen sub-entregas). A su vez, "b" debe encargarse de obtener las licencias de importación, como así también todas las otras autorizaciones relativas al terreno, el uso de servicios locales y la tecnología a ser importada en el país "y". "a" también esta obligado a brindar la información y documentación necesaria para que "b" pueda obtener las licencias de importación y las autorizaciones requeridas para el cumplimiento de este último. "a" no es responsable de solicitar la autorización administrativa que se requiere en el país "y", a menos que así se haya convenido o sea impuesto, expresa o tácitamente, por el derecho aplicable o por las circunstancias del caso (v.gr. el derecho aplicable puede requerir que ciertas licencias técnicas en el país "y" sean solicitadas por el licenciante).

c) Carácter supletorio de las reglas sobre las autorizaciones administrativas

El propósito de este artículo es identificar la parte que debe solicitar una autorización pública cuando no resulte suficientemente claro quién debe hacerse

cargo de esta tarea. Este es un criterio supletorio a ser aplicado únicamente en el caso de que ni el contrato, ni la ley que exige la autorización, ni las circunstancias del caso, determinan quién debe solicitar la autorización.

Ejemplos

El derecho del país "x" condiciona el otorgamiento de una licencia de exportación de computadoras a la entrega de una declaración jurada que indique el destino final de las computadoras. Sin embargo, ni el contrato ni el derecho del país "x" señalan quién debe tramitar la licencia. como cabe suponer que sólo el comprador sabe el destino de las computadoras, según este artículo le corresponde al comprador tramitar la solicitud de la autorización.

Naturaleza de la obligación de tomar las "medidas necesarias"

La parte que debe solicitar la autorización "deberá tomar todas las medidas necesarias" para obtenerla, pero no es responsable ni se obliga a obtener dicha autorización. dicha parte está obligada a extremar todos los recursos disponibles conforme al derecho local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de éxito y que el ejercicio de dichos recursos sea razonables de acuerdo a las circunstancias del caso (v.gr. el valor de la operación, el tiempo empleado).
Cuáles son las medidas concretas que deberán ser tomadas dependerá de las regulaciones pertinentes y de los recursos procesales disponibles en el estado donde se debe otorgar la autorización. Esta es una obligación de emplear los mejores esfuerzos (véase el art. 5.4(2)).

Ejemplo

"a", Una empresa cuyo establecimiento se encuentra en el país "x", celebra un contrato con "b", un agente independiente del país "y". "b" ha sido encargado de representar a "a" en los países "y" y "z", pero carece de legitimación para contratar en representación de "a". Entre otras obligaciones, "b" debe exhibir las mercaderías de "a" en una feria que se llevará a cabo en el país "z", además de solicitar las autorizaciones correspondientes para efectuar tales actividades en los países "y" y "z". "b" debe tomar "todas las medidas necesarias", incluyendo la tramitación de la autorización administrativa que se requiere para la importación temporal de las mercaderías de "a" en los países "y" y "z", como así también todas las otras autorizaciones administrativas

necesarias para que "b" pueda participar en la feria. sin embargo, a menos que se pacte otra cosa, "b" no se encuentra obligado a tramitar las autorizaciones administrativas que se requieren para la importación, a través de "b", de productos adquiridos por los clientes localizados en los países "y" y "z".

Artículo 6.1.15
(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra. (2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

Comentario

Momento en que debe solicitarse la autorización

La parte en quien recae la obligación de obtener una autorización pública deberá solicitarla inmediatamente después de celebrarse el contrato y proseguir con la tramitación necesaria conforme a las circunstancias.

Gastos

En virtud del art. 6.1.11, cada parte debe soportar los gastos derivados del cumplimiento de sus obligaciones. Esta regla se confirma en el parágrafo (1) del presente artículo, a fin de lograr una mayor claridad.

Deber de notificar de inmediato acerca de la concesión o denegación de la autorización

Las partes necesitan saber, a la brevedad posible, si la autorización ha sido obtenida. en virtud del parágrafo (2) de este artículo, la parte que solicita la autorización debe notificar a la otra acerca del resultado de su petición. El deber de notificar se extiende a otros hechos pertinentes a la solicitud y su resultado, tales como el momento de inicio de la tramitación, la respuesta obtenida y, en su caso, si la denegación de la autorización es susceptible de apelación y si, en efecto, será apelada.

Deber de notificar "cuando sea pertinente"

La obligación de notificar "cuando sea pertinente" se refiere a la necesidad de notificar y a la forma de hacerlo. La necesidad de notificar se presenta de

manera obvia cuando la ley así lo dispone, pero también se puede inferir por el simple hecho de que el contrato exprese la necesidad de obtener una autorización. La necesidad de cursar una notificación "cuando sea pertinente" también se relaciona con la importancia que tenga la información a ser notificada. La parte que tramita la solicitud no esta obligada a informar a su contraparte el resultado de dicha solicitud, si dicha contraparte obtiene la información directamente de quien debe otorgarla, o bien cuando las autorizaciones suelen ser otorgadas en forma automática. El hecho de que la autorización haya sido denegada, contrariamente a lo que solía suceder, impone una mayor obligación de notificar dicho resultado.

Este artículo no establece formalidades especiales para la notificación. véase el art. 1.9.

Consecuencias de la falta de notificación

La falta de notificar la obtención o la denegación de una autorización equivale al incumplimiento de una obligación, por lo que se aplicarán las normas relativas al incumplimiento que se establecen en el capítulo 7. El deber de notificar la concesión de la autorización pública es una obligación contractual que nace en el momento de celebrarse el contrato. El deber de notificar el rechazo de la notificación forma parte del deber de tomar "las medidas necesarias" para obtener la autorización conforme con el art. 6.1.14 (véase el comentario 4).

Ejemplos

"a", Cuyo establecimiento se encuentra en el país x, y "b", un contratista, contratan la construcción de una planta industrial en "x". Ambas partes convienen en que "b" no está obligado a comenzar la construcción y que "a" tampoco está obligado a abonar un adelanto de pago, hasta obtener una autorización pública que debe ser expedida por las autoridades de "x".

"a" Solicita y obtiene la autorización, pero omite informárselo a "b". dos meses más tarde, "b" se entera por medio de una consulta a las autoridades del país "x", de que la autorización ha sido concedida, y comienza a trabajar en la construcción de la planta.

Aunque las partes acordaron que el cumplimiento era exigible a partir del momento de concederse la autorización, la omisión por parte de "a" de informar a "b" que la autorización había sido concedida, le impide a "a" reclamar el cumplimiento de "b" en el momento en que la autorización fue concedida

(véase el art. 7.1.2). por lo tanto, el plazo contractual comenzará a correr para "b" a partir del momento en que éste toma conocimiento de que la autorización ha sido concedida.
Además, "b" puede exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por mantener ociosa su capacidad de producción, o por los costos adicionales originados por el depósito de los materiales de construcción durante los dos meses, etc. (véase el art. 7.4.1 y ss.). Por otro lado, "a", quien tuvo conocimiento oportunamente que la autorización había sido concedida, debe cumplir en la fecha originalmente pactada en el contrato. "a" deberá pagar intereses a partir de esa fecha si deja de pagar los anticipos devengados durante las cuatro semanas siguientes al otorgamiento de la autorización.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia de que la autoridad competente informa a "a" y "b", al mismo tiempo, de que la autorización fue concedida. "b" no podrá alegar la falta de notificación de "a" para posponer su cumplimiento, y tampoco tiene derecho al resarcimiento por que "a" haya omitido notificar la concesión de la autorización.

Artículo 6.1.16
(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.
(2) no se aplicará lo previsto en el parágrafo (1) de este artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

Comentario

Mientras que los arts. 6.1.14 y 6.1.15 se refieren a las obligaciones de las partes contratantes, los arts. 6.1.16 y 6.1.17 contemplan los supuestos, respectivamente, de que no recaiga decisión alguna sobre el pedido de autorización, o bien de que la autorización haya sido denegada.

Falta de decisión acerca de la autorización

El parágrafo (1) de este artículo trata del supuesto en que "nada ocurra", es decir, la situación que se presenta cuando la solicitud no ha sido otorgada ni rechazada dentro del plazo acordado o, cuando no se ha acordado ningún plazo, dentro de un plazo razonable desde la celebración del contrato. Los motivos de la ausencia de una decisión pueden ser diversos, tales como la lentitud del trámite, una apelación pendiente, etc. En todo caso, no existe ninguna razón para que las partes sigan esperando y por lo tanto cualquiera de ellas pueda resolver el contrato.

Resolución del contrato

Los derechos y acciones de las partes distintos a la resolución dependerán del papel que juega la autorización en la creación o perfeccionamiento del vínculo contractual. Este es el caso, en particular, cuando la validez del contrato depende de la concesión de la autorización, sin la cual cualquiera de las partes puede simplemente ignorar el contrato. Este artículo también prevé la resolución del contrato cuando las partes se encuentren vinculadas a obligaciones diversas, cuya vigencia no puede prolongarse indefinidamente mientras la concesión de la autorización se encuentra pendiente.

El derecho de la parte responsable de obtener la autorización para resolver el contrato en base a esta disposición se encuentra sujeta a que dicha parte haya tomado "las medidas requeridas" para obtener la autorización.

Ejemplo

"a", Del país "x", vende rifles a "b" con el fin de que éste pueda revenderlos durante la próxima temporada de caza. la validez de la compraventa se condiciona a su autorización por parte de las autoridades de "x". No obstante el hecho de que "a" toma todas las medidas necesarias para obtener dicha autorización, tres meses después todavía no se ha resuelto la solicitud. En este supuesto, cualquiera de las partes puede resolver el contrato.

La resolución del contrato que contempla este artículo no se ocupa de los gastos incurridos con el fin de obtener la autorización. Los gastos serán soportados por la parte que asumió el riesgo de que la autorización no fuera concedida.

Autorización que afecta únicamente a algunas cláusulas

Cuando la autorización sólo afecta algunas cláusulas del contrato, el parágrafo (2) de este artículo excluye el derecho a resolver el contrato cuando sea razo-

nable mantener la validez del resto del contrato conforme con el art. 6.1.17 aunque se deniegue la autorización.

Ejemplo

"a", del país "x", celebra un contrato con "b" en el que incluye una cláusula penal para el supuesto de mora. la validez del contrato se subordina al otorgamiento de la autorización pública que deberán conceder las autoridades del país "x". No obstante el hecho que "a" toma todas las medidas necesarias para obtener la autorización, transcurre el tiempo sin obtenerse respuesta alguna. conforme a estas circunstancias, puede ser razonable conservar la validez del contrato. ninguna de las partes puede resolver el contrato aunque la autorización sea rechazada.

Artículo 6.1.17
(Autorización denegada)

(1) la denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.
(2) se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato. comentario

Autorización que ha sido denegada

Este artículo contempla el supuesto de que la solicitud de una autorización sea expresamente denegada. la naturaleza de la obligación impuesta a la parte que debe solicitar la autorización es tal, que la denegación que contempla este artículo no debe ser susceptible de un recurso que tenga una posibilidad razonable de prosperar. véase el comentario 4 al art. 6.1.14. Más aún, no es necesario agotar los recursos disponibles contra la denegación cuando la autorización no pueda ser concedida sino después de que el cumplimiento del contrato haya perdido todo valor.

Consecuencias de la denegación de la autorización

La denegación de una autorización trae diversas consecuencias, según si la autorización afecta a la validez o al cumplimiento del contrato.

Denegación que afecta la validez del contrato

Cuando la autorización afecta la validez de todo el contrato, el rechazo lo anulará completamente, es decir, se considera que el contrato nunca se celebró.

Ejemplo

"a", del país "x", celebra un contrato con "b", cuya validez se condiciona a una autorización pública que debe ser otorgada por las autoridades del país "x". No obstante que "a" toma todas las medidas necesarias para obtener la autorización, su solicitud es rechazada. En este supuesto, se considera que el contrato nunca se celebró.

Cuando el rechazo afecta la validez de sólo algunas de sus cláusulas, sólo dichas cláusulas serán nulas. Podrá mantenerse la validez del resto del contrato, siempre que sea razonable conforme a las circunstancias concretas del caso.

Ejemplo

"a", del país "x", celebra un contrato con "b" que incluye una cláusula penal para el caso de mora. La validez del contrato se condiciona a la concesión de la autorización pública de las autoridades del país "x". No obstante de que "a" toma todas las medidas necesarias para obtener la autorización, su solicitud es rechazada. con la excepción de la cláusula penal, el contrato continuará en vigor siempre que sea razonable mantener su validez.

Denegación de una autorización que convierte en imposible el cumplimiento del contrato

Si el rechazo de una autorización hace imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato, el parágrafo (2) de este artículo se remite a las reglas del capítulo 7 relativas al incumplimiento del contrato.

Ejemplo

"a" debe us$ 100,000 a "b", conforme a un contrato celebrado entre ellas. la transferencia de esta suma desde el país "x", donde se encuentra "a", a la cuenta bancaria de "b" en el país "y", se condiciona a una autorización que debe otorgar el banco central del país "x". No obstante el hecho que "a" pone todos

los medios para obtenerla, la solicitud es rechazada. el rechazo de la autorización hace imposible el pago a "b", por lo que las consecuencias del incumplimiento de "a" serán determinadas de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo 7.

El rechazo de la autorización puede convertir en imposible el cumplimiento de la obligación de sólo una de las partes y sólo en el estado que impone el requisito de dicha autorización, sin que impida a dicha parte cumplir su obligación en cualquier otro sitio. En este supuesto, el principio general de la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) impide excusar el cumplimento de la obligación de dicha parte en base al rechazo de la autorización.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3, con la diferencia de que "a" tiene suficientes fondos para pagar a "b" en el país "z", donde no es necesaria una autorización. "a" no puede invocar el rechazo de la autorización de las autoridades del país "x" a fin de dejar de pagar a "b".

Sección 2: Excesiva Onerosidad (hardship)

Artículo 6.2.1
(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship).

Comentario

La obligatoriedad del contrato como regla general

El propósito de este artículo es aclarar que, conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos (véase el art. 1.3), el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada. es decir, los términos del contrato

deben ser respetados, aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba o aún en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte.

Ejemplo

En enero de 1990, "a", un agente de expediciones, contrata con "b", un transportista, el embarque de mercaderías durante dos años. en virtud del contrato, "b" está obligado a transportar mercaderías de Hamburgo a Nueva York por un precio fijo, establecido mensualmente a lo largo de los dos años. Alegando un incremento significativo del precio del combustible, ocasionado por la crisis del golfo de 1990, "b" solicita un cinco por ciento de aumento en la tarifa de agosto de 1990. "b" no tiene derecho a dicho incremento, porque él se ha hecho cargo del riesgo de que su cumplimiento pueda a ser más oneroso.

El cambio de circunstancias es relevante sólo en casos excepcionales

El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan a alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos principios se conoce como "excesiva onerosidad" (hardship), de la que se ocupa los siguientes artículos de esta sección.
El fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en diversos sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como "frustración de la finalidad del contrato", wegfall der geschäftsgrundlage, imprevision, eccessiva onerositá sopravvenuta, etc. Sin embargo, se ha escogido la expresión "excesiva onerosidad" (hardship) por ser ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional, lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas "cláusulas hardship".

Artículo 6.2.2
(Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship))

Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

a) Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
b) Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
c) Los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
d) El riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Comentario

Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship)

Este artículo define a la excesiva onerosidad (hardship) como la situación que se presenta cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera fundamental, siempre y cuando los eventos que causan dicha alteración cumplan con requisitos establecidos en los incisos (a) al (d).

Alteración fundamental en el equilibrio del contrato

Como el principio general es que el cambio de las circunstancias no afecta la obligación de cumplir (véase el art. 6.2.1), la excesiva onerosidad no puede invocarse a menos que la alteración del equilibrio de las prestaciones sea fundamental. Las circunstancias del caso en concreto determinaran cuándo una alteración es "fundamental". De ser posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más podría ser considerada como una alteración "fundamental".

Ejemplo

1. en septiembre de 1989, "a", un vendedor de aparatos electrónicos de la ex República Democrática Alemana, compra este tipo de mercaderías a "b", del país "x", que también pertenecía a la órbita socialista. "b" deberá entregar las mercaderías en diciembre de 1990. En noviembre de 1990, "a" notifica a "b" que las mercaderías se han vuelto obsoletas, porque después de la unificación de la Alemania democrática con la Alemania federal ya no existe un mercado para mercaderías importadas del país "x". a menos que las circunstancias indiquen otra cosa, "a" esta facultado para invocar la excesiva onerosidad (hardship).

Aumento del costo de la prestación

En la práctica, una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones puede manifestarse por dos vías diferentes aunque relacionadas entre sí. La primera se caracteriza por un aumento sustancial del costo de la prestación para una parte, quien por lo general debe cumplir una obligación no dineraria. El aumento fundamental del costo puede ser ocasionado, por ejemplo, por un aumento drástico del precio de las materias primas que se necesitan para la producción de las mercaderías o para la prestación de los servicios, o bien debido a nuevas reglamentaciones de seguridad que hacen más costoso los procedimientos de producción.

Disminución del valor de la prestación recibida por una parte

La segunda manifestación de la excesiva onerosidad (hardship) se caracteriza por una reducción significativa del valor de la prestación recibida por una parte, incluyendo el supuesto en que la prestación ha perdido todo valor para la parte que la recibe. La prestación puede consistir o no en obligaciones dinerarias. Naturalmente que la disminución sustancial del valor de la prestación, o la pérdida total de su valor, puede responder a un cambio brusco en las condiciones del mercado (v.gr. un incremento drástico a causa de la inflación del precio acordado en el contrato), o a la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación (v.gr. una prohibición de construir en un solar adquirido con ese único propósito, o la prohibición de exportar mercaderías adquiridas solamente con esa finalidad).

Obviamente que la disminución del valor de la prestación ha de poder cuantificarse objetivamente. Un simple cambio de opinión de una parte respecto al valor de la prestación carece de importancia. La frustración de la finalidad de la prestación sólo se tomará en consideración cuando dicha finalidad sea conocida, o por lo menos debiera haber sido conocida, por ambas partes.

Requisitos adicionales para que pueda presentarse la excesiva onerosidad (hardship)

a) Los eventos tienen lugar o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato

En virtud del inciso (a) de este artículo, los eventos que ocasionen la excesiva onerosidad (hardship) deben presentarse o ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato. si ya conocía los hechos al cele-

brar el contrato, dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas y necesarias, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (hardship).

b) Los eventos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja

Aunque el cambio de circunstancias se haya producido después de la celebración del contrato, el inciso (b) de este artículo aclara que dichas circunstancias no pudieron ser causa de la excesiva onerosidad (hardship) en el caso de que hayan podido ser razonablemente conocidas por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato.

Ejemplo

A pesar de las tensiones políticas en la región, "a" acuerda surtir a "b" de petróleo crudo del país "x" a un precio estipulado para los próximos cinco años. Dos años después de celebrarse el contrato estalla una guerra entre países vecinos. La guerra ocasiona una crisis energética en todo el mundo y el precio del petróleo se incrementa drásticamente. "a" no tiene derecho a invocar la excesiva onerosidad (hardship), porque el aumento del precio del petróleo crudo no era imprevisible.

Aunque el cambio de las circunstancias haya sido gradual, dichos cambios pueden desembocar en una situación de excesiva onerosidad (hardship). Si los eventos extraordinarios comenzaron a suceder antes de la celebración del contrato, la excesiva onerosidad (hardship) no puede invocarse, salvo que el ritmo de dichos eventos se haya incrementado en forma drástica durante la vigencia del contrato.

Ejemplo

El precio de un contrato de compraventa entre "a" y "b" es expresado en moneda del país x. El valor de esta moneda se venía depreciando lentamente frente a otras antes de celebrarse el contrato. Un mes más tarde, una crisis política en el país "x" provoca una seria devaluación de su moneda cercana al 80% de su valor. a menos que las circunstancias indiquen otra cosa, esta devaluación constituye un caso de excesiva onerosidad (hardship), porque una aceleración tan dramática de la devaluación no podía ser prevista.

c) Los eventos escapan al control de la parte en desventaja

Según el inciso (c) de este artículo, la excesiva onerosidad (hardship) sólo puede surgir si los hechos que la ocasionan escapan del control de la parte en desventaja.

d) La parte en desventaja no ha asumido el riesgo de que dichos eventos pudieran acontecer

Según el inciso (d), no existirá excesiva onerosidad (hardship) si la parte en desventaja ha asumido el riesgo de un cambio de circunstancias. El verbo "asumir" señala claramente la necesidad de una declaración expresa al asumir el riesgo, aunque también puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato. La parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operación de especulación debe aceptar correr ciertos riesgos, aunque en el momento de celebrar el contrato no haya tenido una noción cabal del riesgo que asumía.

Ejemplo

"a", una compañía de seguros especializada en riesgos de embarcaciones, solicita una prima adicional de aquellos clientes cuyas pólizas incluyen una cobertura por el riesgo de guerra e insurrección civil, a fin de cubrir el riesgo sustancialmente mayor al que se exponen dichas embarcaciones luego de estallar, simultáneamente, una guerra e insurrección civil en tres países de la región. "a" no tiene derecho a adaptar el contrato de seguro, porque las cláusulas habían sido precisamente destinadas para que las compañías de seguros asuman este tipo de riesgos también en caso de implicación simultánea de tres países.

La excesiva onerosidad (hardship) sólo es relevante respecto a prestaciones pendientes de cumplimiento

En razón de su naturaleza, la excesiva onerosidad (hardship) sólo será relevante respecto de prestaciones que todavía no han sido cumplidas. Una vez que una parte ha cumplido, ya no tiene derecho a alegar un incremento fundamental del costo de su prestación, o una disminución sustancial del valor de la prestación, ocasionadas por un cambio de circunstancias posterior al cumplimiento.
Si la alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones acaece al haberse cumplido con sólo una parte de la prestación, la excesiva onerosidad (hardship) sólo podrá aplicarse al resto de la prestación.

Ejemplo

"a" contrata con "b", una compañía que recicla basura en el país "x", para ocuparse del acopio y depósito de la basura recolectada por "a". El contrato contempla una duración de cuatro años y un precio fijo por cada tonelada de basura. dos años después de celebrarse el contrato, el movimiento ecológico en el país "x" gana terreno frente al gobierno, que establece precios por el acopio de basura que son diez veces más altos que los precios anteriores. "b" podría invocar excesiva onerosidad (hardship) sólo en lo que respecta a los dos años que restan a la vigencia del contrato.

La excesiva onerosidad (hardship) suele tener importancia en los contratos de larga duración

Aunque este artículo no excluye expresamente la posibilidad de que la excesiva onerosidad (hardship) se aplique a otra clase de contratos, por lo general suele tener importancia en los contratos de larga duración, esto es, aquellos contratos en donde la prestación de por lo menos una de las partes debe realizarse a lo largo de cierto período de tiempo.

Excesiva onerosidad (hardship) y fuerza mayor (force majeure)

Conforme a estos principios, los conceptos de excesiva onerosidad (hardship) y de fuerza mayor (force majeure) (véase el art. 7.1.7) pueden presentarse conjuntamente. En este caso, le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (force majeure) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (hardship), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias.

Excesiva onerosidad (hardship) y práctica contractual

La definición de excesiva onerosidad (hardship) en este artículo tiene, inevitablemente, un alcance muy general. Los contratos comerciales internacionales incorporan con frecuencia cláusulas mucho más precisas y elaboradas al respecto. Las partes encontrarán la forma más apropiada de adaptar el contenido de este artículo a las circunstancias concretas de una operación en particular.

Artículo 6.2.3
(Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

   a) Resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
   b) Adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Comentario

La parte en desventaja puede reclamar una renegociación

Dado que la excesiva onerosidad (hardship) consiste en una alteración fundamental en el equilibrio de las prestaciones, el parágrafo

1) De este artículo faculta a la parte en desventaja, en primer lugar, a reclamar la renegociación del contrato con miras a adaptarlo a las nuevas circunstancias.

Ejemplo

"a", Una compañía constructora del país "x", celebra un contrato con "b", un organismo gubernamental, para construir una planta en el país "y" por un pago global en la moneda de este país. La mayoría de las maquinarias sofisticadas que requiere la construcción debe ser importada del extranjero. debido a una devaluación de la moneda del país "y", el costo de la maquinaria se eleva en más de un 50%. "a" esta facultado para requerir a "b" la renegociación del contrato original, con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

No es admisible un reclamo de renegociación cuando el mismo contrato ya contiene cláusulas que prevén la adaptación automática del contrato (v.gr. una cláusula de indexación del precio para el supuesto de que ocurran ciertos eventos).

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia de que el contrato contiene una cláusula de indexación que contempla modificaciones en el costo de los materiales y del trabajo. "a" no tiene derecho a reclamar la renegociación del precio.

Sin embargo, puede proceder la renegociación en este supuesto si la cláusula de adaptación incorporada al contrato no contempla los hechos que ocasionan la excesiva onerosidad (hardship).

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 2, con la diferencia de que el aumento sustancial de los costos de "a" se debe a la adopción de nuevas medidas de seguridad en el país "y". "a" tiene derecho a requerir de "b" la renegociación del precio del contrato original, a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias.

La renegociación debe ser reclamada sin demora injustificada

El reclamo de renegociación debe ser presentada tan pronto como sea posible después del momento en que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad (hardship) (parágrafo (1). El plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular. Si las circunstancias se han presentado progresivamente, el término será mayor (véase el comentario 3(b) del artículo 6.2.2). Por consiguiente, la parte afectada no pierde su derecho a reclamar la renegociación por el hecho de haber actuado con demora injustificada. sin embargo, el plazo para reclamar la revisión del contrato puede afectar la prueba de la excesiva onerosidad (hardship), y poder así determinar si efectivamente existió.

Fundamentos para reclamar la renegociación

El parágrafo (1) del presente artículo también impone a la parte en desventaja el deber de indicar los motivos en que se basa el reclamo de renegociación, a fin de permitir de que la otra parte pueda determinar si se justifica o no la renegociación del contrato. Un reclamo incompleto será considerado como presentado fuera de tiempo, a menos que las causas que dan origen a la excesiva onerosidad (hardship) sean tan obvias que no sea necesario indicarlas detalladamente en el reclamo.

Un reclamo de renegociación que no sea debidamente fundado tendrá efectos semejantes a un reclamo presentado con retardo (véase comentario 2 de este artículo).

Reclamo de renegociación y suspensión del cumplimiento de la obligación

El parágrafo (2) de este artículo prevé que el requerimiento de renegociación no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones. Esto se debe al carácter excepcional de la excesiva onerosidad (hardship) y al riesgo de posibles abusos de este recurso. la suspensión del cumplimiento se justificará sólo en circunstancias extraordinarias.

Ejemplo

"a" Contrata con "b" la construcción de una planta industrial. La planta se construirá en el país x, que decide adoptar nuevas reglas de seguridad después de celebrarse el contrato. Las nuevas reglas imponen la instalación de maquinarias adicionales, alterando fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones y convirtiendo la prestación de "a" en otra sustancialmente más onerosa. "a" tiene derecho a reclamar la renegociación del contrato, a suspender el cumplimiento de su obligación debido al tiempo que le llevará implantar las nuevas medidas de seguridad, así como a suspender la entrega de las nuevas maquinarias hasta tanto no se convenga en la readaptación de su precio.

Renegociaciones de buena fe

Aunque este artículo no lo establezca en forma expresa, tanto el requerimiento de renegociación de la parte en desventaja, como la conducta de ambas partes durante el proceso de renegociación, deberán conducirse de acuerdo al principio de buena fe y lealtad negocial (1.7) y al deber de cooperación (art. 5.3). Esto implica que la parte en desventaja debe creer honestamente que existe una situación de excesiva onerosidad (hardship), en lugar de reclamar la renegociación simplemente como una medida estratégica. Además, una vez que el reclamo ha sido presentado, ambas partes deben conducir las renegociaciones de una manera constructiva, absteniéndose en particular de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información que sea necesaria.

Posibilidad de recurrir ante un tribunal en caso de falta de acuerdo

Si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato dentro de un tiempo razonable, el parágrafo (3) de este artículo autoriza a ambas

partes a recurrir a un tribunal. esta situación puede presentarse bien porque la parte que no ha sido perjudicada por el cambio de situación decide ignorar el reclamo de renegociación, o porque las renegociaciones no prosperaron a pesar de la buena fe de ambas partes.

La complejidad del tema y las circunstancias concretas de cada caso determinarán cuánto tiempo debe esperar la parte en desventaja antes de recurrir al tribunal.

Medidas judiciales en caso de presentarse una situación de excesiva onerosidad (hardship)

En el caso de presentarse una situación de excesiva onerosidad (hardship), el parágrafo (4) de este artículo otorga varias alternativas al tribunal.

Una primera posibilidad es resolver el contrato. Sin embargo, dado que la resolución del contrato en este supuesto no depende del incumplimiento de una de las partes, el efecto de dicha resolución sobre las prestaciones realizadas hasta ese momento difiere de aquél que regula el capítulo pertinente (arts. 7.3.1. y ss.). el parágrafo (4)(a) dispone que el tribunal podrá resolver el contrato "en fecha y condiciones a ser fijadas" y siempre que lo considere razonable.

El tribunal también puede decidir adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones (parágrafo (4)(b)). En este supuesto, el tribunal intentará establecer una distribución más justa del menoscabo sufrido por las partes. Este reajuste podrá o no incluir una adaptación del precio, dependiendo del tipo de excesiva onerosidad (hardship) que se presente. La readaptación del precio puede no reflejar todo el menoscabo sufrido por la parte en desventaja, ya que el tribunal puede, por ejemplo, tener en cuenta la medida en que una de las partes ha asumido los riegos y en qué medida la otra parte se podría beneficiar con la prestación recibida.

El parágrafo (4) de este artículo establece expresamente que el tribunal podrá resolver o adaptar el contrato siempre que lo considere razonable. Las circunstancias podrán ser tales que ni la resolución ni la adaptación del contrato sean apropiadas, por lo que la única solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originalmente pactado.

Ejemplo

"a", Un exportador, se compromete a abastecer de cerveza a "b", un importador del país "x", durante los próximos tres años. dos años después de la celebración del contrato, "x" promulga una nueva ley que prohibe la venta y el consumo de bebidas alcohólicas. "b" invoca de inmediato la excesiva onerosidad (hardship) y solicita a "a" la renegociación del contrato. "a" reconoce que se presenta una situación de excesiva onerosidad (hardship), pero no acepta las modificaciones al contrato que han sido propuestas por "b". después de un mes de discusiones infructuosas, "b" acude a un tribunal.
Si "b" tiene la posibilidad de vender la cerveza a otro país vecino, aunque sea a un precio menor, el tribunal podría decidir conservar la validez del contrato con una reducción del precio pactado.
Si, por el contrario, "b" no tiene dicha posibilidad, sería razonable que el tribunal decretara la resolución del contrato, pudiendo reclamar a "b" que pague a "a" el último envío de cerveza que se encuentra en tránsito.

Capítulo 7

Incumplimiento

Sección 1: Incumplimiento en General

Artículo 7.1.1
(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Comentario

Este artículo define el "incumplimiento" para los fines de los principios, se debe prestar especial atención a dos características de la definición.

La primera es que la definición de "incumplimiento" incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total, por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso.

La segunda característica es que, para los propósitos de los principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable.

El incumplimiento puede ser excusable por motivo de la conducta de la otra parte (véanse los arts. 7.1.2 (interferencia de la otra parte) y 7.1.3 (suspensión del cumplimiento) y sus comentarios o por acontecimientos imprevisibles y fuera de su control (art. 7.1.7 (fuerza mayor) y sus comentarios), una parte no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico por un incumplimiento excusable de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho, en principio, a resolver el contrato independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable, véase el art. 7.3.1 y ss., y sus comentarios.

No existe una disposición general que trate de la acumulación de remedios, la presunción establecida en los principios es que pueden acumularse todos los remedios que no sean incongruentes entre sí por su propia naturaleza, así, en general, una parte que insista con éxito en el cumplimiento no se encuentra facultada para el resarcimiento, pero esto no excluye que una parte no pueda resolver un contrato por un incumplimiento no excusable y al mismo tiempo solicite una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, véanse los arts. 7.2.5 (cambio de remedio), 7.3.5 (efectos generales de la resolución) y 7.4.1 (derecho al resarcimiento).

Artículo 7.1.2
(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

Comentario

Incumplimiento originado por hecho u omisión de la parte que alega el incumplimiento

Puede considerarse que este artículo contempla dos hipótesis que excusan el

incumplimiento, sin embargo, conceptualmente, va más lejos, cuando este artículo es aplicable, la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable, sino que pierde la condición de incumplimiento, de lo que se sigue, por ejemplo, que la otra parte no estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento.
Se contemplan dos supuestos diferentes, en el primero, una parte no es capaz de cumplir todo o parte del contrato, porque la conducta de la otra parte ha hecho imposible, en todo o en parte, el cumplimiento de la obligación.

Ejemplo

"a" Conviene en realizar trabajos de construcción en el terreno de "b" a partir del 1o de febrero, si "b" cierra con llave el acceso al terreno y no permite entrar a "a", "b" no puede quejarse de que "a" no ha comenzado los trabajos. La conducta de "b" suele equipararse a un incumplimiento no excusable, ya sea porque existe una disposición expresa facultando a "a" a acceder al terreno, o porque la conducta de "b" contraviene los deberes de buena fe y cooperación. Este resultado, sin embargo, no depende de que el incumplimiento de "b" sea excusable, el resultado será el mismo, independientemente de la excusabilidad del incumplimiento de "b", por ejemplo, en el supuesto de que el acceso al terreno fuera obstaculizado por huelguistas.

Los principios contemplan la posibilidad de que la interferencia de una de las partes en el cumplimiento de la otra sea sólo parcial, en estos casos, será necesario determinar en qué medida el incumplimiento se debe a la interferencia de la otra parte y en qué medida se pueden reconocer otras causas.

Incumplimiento originado por un acontecimiento del cual la parte que alega el incumplimiento asume el riesgo

Otra posibilidad es que el incumplimiento sea el resultado de un acontecimiento cuyo riesgo haya sido atribuido en el contrato, expresa o tácitamente, a la parte que alega el incumplimiento.

Ejemplo

"a", Un constructor, celebra un contrato de construcción que debe ser cumplido en el terreno de b, donde ya se han construido otros edificios cubiertos por

una póliza de seguro contra todo riesgo contratada por "b", si las partes convienen que el riesgo de los daños accidentales recaigan en "b", como la persona asegurada, no existirá por lo general, ninguna razón que impida a las partes distribuir el riesgo, ya que este tipo de riesgos generalmente es cubierto por un seguro, aún en el caso de que un incendio se originara por negligencia de "a", el riesgo podrá ser atribuido a "b", sin perjuicio de que sería necesario una disposición más expresa en este supuesto que el que sería necesario si ninguna de las partes hubiera contribuido al siniestro.

Artículo 7.1.3
(Suspensión del cumplimiento)

1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.
2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Comentario

Este artículo debe leerse en concordancia con lo dispuesto en el art. 6.1.4 (secuencia en el cumplimiento), el presente artículo trata de los remedios de la parte perjudicada y se corresponde funcionalmente con el concepto de exceptio non adimpleti contractus propio de los países de tradición jurídica romanista.

Ejemplo

"a" Conviene en vender a "b" 1.000 toneladas de trigo blanco, c.i.f. rotterdam. el pago debe efectuarse por medio de un crédito documentario confirmado y abierto en marcos alemanes por un banco alemán, "a" no se encuentra obligado a embarcar las mercaderías a no ser que y hasta que abra el crédito documentario de acuerdo con sus obligaciones contractuales.

El texto del artículo no aborda expresamente el problema que surge cuando una parte cumple parcialmente con su obligación pero no la completa, en cuyo caso la parte facultada a recibir tal prestación puede suspender la suya, pero

sólo en los casos en que en circunstancias normales dicho proceder sea conforme al principio de la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7).

Artículo 7.1.4
(Subsanación del incumplimiento)

1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
   a) Notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
   b) La subsanación sea apropiada a las circunstancias;
   c) La parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
   d) Dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Comentario

Principio general

El parágrafo (1) de este artículo expresa que, en el caso de reunirse ciertos requisitos, la parte incumplidora puede subsanar su incumplimiento, cumpliendo con dichos requisitos, la parte incumplidora puede ampliar brevemente el plazo que tenía para cumplir conforme al contrato, a menos que el cumplimiento oportuno fuera exigido por el contrato o por sus circunstancias, este artículo, por lo tanto, favorece la conservación del contrato, también refleja el principio de política jurídica de minimizar costos, igualmente apuntado en el art. 7.4.8 (atenuación del daño) y el principio básico de buena fe y lealtad

negocial del art. 1.7. esta disposición está relacionada con aquellas disposiciones relativas a la subsanación del incumplimiento contenidas en los arts. 37 y 48 de CISG y en algunas normas nacionales que regulan los contratos en general y la compraventa, aun en aquellos ordenamientos que no incluyen disposiciones expresas sobre el subsanamiento, suele tenerse en cuenta una oferta razonable de subsanación para fijar la cuantía del resarcimiento.

Notificación de la subsanación

La subsanación sólo podrá efectuarse después de que la parte incumplidora notifique a la otra su intención de subsanar el incumplimiento. Esta notificación debe ser razonable en lo que respecta a la oportunidad de su envío, su contenido y el medio de notificación empleado. La notificación de subsanación debe ser cursada sin demora injustificada después que la parte incumplidora se percata del incumplimiento, en la medida en que la información se encuentre disponible, la notificación debe indicar cómo y cuándo se efectuará la subsanación, además, la notificación debe ser transmitida a la parte perjudicada de un modo que sea razonable conforme a las circunstancias.
La notificación de la subsanación es "efectiva" cuando se cumplen los requisitos establecidos en el parágrafo (1), incisos (a) a (c).

Adecuación de la subsanación

La subsanación será adecuada conforme a las circunstancias si, atendiendo a la naturaleza del contrato, es razonable permitir que la parte incumplidora intente de nuevo realizar la prestación, como se señala en el parágrafo (2), la subsanación no se ve impedida sólo porque el incumplimiento sea considerado esencial, los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la subsanación incluye la determinación de si ésta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial, empero, el derecho a la subsanación no queda menoscabado porque la parte perjudicada cambie de posición con posterioridad. el derecho de la parte perjudicada a cambiar de posición queda suspendido desde que la parte incumplidora notifica en forma efectiva su intención de subsanar el incumplimiento. Otro sería el caso si la parte perjudicada ha cambiado de posición antes de recibir la notificación de la subsanación.

Interés de la parte perjudicada

La parte incumplidora no podrá proceder a la subsanación si la parte perjudicada demuestra un interés legítimo para rehusarla, empero, si se cursa una

notificación de subsanación apropiada a las circunstancias, se presume que la parte incumplidora tiene el derecho a subsanar su incumplimiento, un interés legítimo para oponerse a la subsanacion puede presentarse, por ejemplo, si el intento de subsanación causará daño a las personas o las cosas. por otra parte, no existirá un interés legítimo si, en base al incumplimiento, la parte perjudicada sencillamente decide que no desea continuar con la relación contractual.

Ejemplo

"a" Conviene construir un camino en la propiedad de "b", cuando el trabajo ha sido terminado, "b" descubre que la superficie del camino tiene una inclinación mayor que la permitida en el contrato, "b" también descubre que durante la construcción, los camiones de "a" han dañado sus árboles, "a" notifica a "b" su intención de subsanar, nivelando el camino como lo exige el contrato, aún siendo apropiada la subsanación en esas circunstancias, "b" podría encontrarse legitimado a rechazarla a fin de evitar que los árboles continúen siendo dañados.

Momento de la subsanación

La subsanación debe efectuarse inmediatamente después de la notificación de la subsanación, el momento para el ejercicio del derecho a subsanar es esencial, la parte incumplidora no puede encerrar a la parte perjudicada en un prolongado período de espera, la falta de perjuicio a la parte perjudicada no justifica la demora de la parte incumplidora en la subsanación.

Modos apropiados de subsanación

La subsanación puede incluir la reparación y el reemplazo, así como cualquier otra actividad destinada a subsanar el incumplimiento y otorgar a la parte perjudicada todo lo que tiene derecho a esperar conforme al contrato, la reparación del incumplimiento es idónea como subsanación sólo cuando no deja huellas del incumplimiento previo y no amenaza con menoscabar el valor o calidad del producto en su conjunto, queda a discreción del tribunal la determinación del número de veces que la parte incumplidora puede intentar una subsanación.

Ejemplo

"a" Conviene en instalar en la fábrica de "b" un equipo de alta temperatura para la pintura de esmalte. Los motores han sido puestos en marcha sin sufi-

ciente lubricante y se traban a las pocas horas de comenzar a operar, "a" reemplaza los motores oportunamente, pero se niega a examinar y constatar el funcionamiento del resto del equipo a fin de asegurar que otras partes no han sufrido daños, "a" no ha llevado a cabo una subsanación efectiva.

Suspensión de otros remedios de la parte perjudicada

Cuando la parte incumplidora ha dado notificación efectiva de la subsanación conforme al parágrafo (3), la parte perjudicada puede, según el parágrafo (4) suspender su propia prestación, pero no podrá ejercitar acción alguna que sea incompatible con el derecho de la parte incumplidora a la subsanación, a no ser que llegue a clarificarse que una subsanación tempestiva y adecuada no ha sido efectiva o no lo será. Los remedios incompatibles incluyen una notificación de resolver el contrato, celebrar operaciones de reemplazo y reclamar el resarcimiento o la restitución.

Efectos de la notificación de resolver el contrato

Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato correctamente, conforme a lo dispuesto por los arts. 7.3.1(1) y 7.3.2(1), los efectos de la resolución (art. 7.3.5) también quedarán suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento, la notificación de la subsanación carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial.

Derecho al resarcimiento de la parte perjudicada

Conforme al parágrafo (5) de este artículo, la parte incumplidora es responsable por el daño derivado del incumplimiento aunque dicha parte tenga éxito en la subsanación, también es responsable por todo daño adicional causado por la subsanación misma, o por la mora en el cumplimiento, o por cualquier tipo de daño que no haya podido ser evitado mediante la subsanacion. El principio de reparación integral establecido en el art. 7.4.2 adquiere especial importancia en esta materia.

Obligaciones de la parte perjudicada

Depende de la parte incumplidora invocar esta disposición, una vez que la parte perjudicada recibe una notificación efectiva de subsanación, debe permitirla y, conforme al art. 5.3, cooperar con la parte incumplidora, por ejemplo,

la parte perjudicada debe permitir cualquier inspección que sea razonablemente necesaria para que la parte incumplidora pueda llevar a cabo la subsanación. carece de efecto una notificación de resolver el contrato, si la parte perjudicada se niega a permitir la subsanación cuando le es requerido, además, en este supuesto la parte perjudicada no puede perseguir el resarcimiento del daño que podría haberse evitado mediante la subsanación.

Ejemplo

"a" Acuerda construir un techo sobre el terreno de "b", a fin de proteger la maquinaria de las inclemencias del tiempo, el techo es construido defectuosamente,. durante una tormenta, el agua se filtra por el techo y la maquinaria de "b" es dañada, "b" notifica su decisión de resolver el contrato. "a", a su vez, notifica intempestivamente su intención de subsanar, "b" rechaza la subsanación porque no quiere continuar sus relaciones con "a". Si la subsanación es adecuada a las circunstancias del caso y a las otras condiciones que ha de cumplir, "b" no puede ejercitar remedio alguno emergente de la construcción defectuosa del techo, pero puede recuperar el importe de los daños sufridos por la maquinaria antes que la subsanción fuera efectuada. Si la subsanación no es apropiada conforme a las circunstancias del caso, o si la subsanación propuesta no hubiera sido capaz de resolver el problema, el contrato quedará resuelto en virtud de la notificación enviada por "b".

Artículo 7.1.5
(Período suplementario para el cumplimiento)

1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.
2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.
3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de

dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

Comentario

Este artículo trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora y la otra desea otorgarle un plazo suplementario para el cumplimiento. La disposición se inspira en el concepto alemán de nachfrist, aunque suelen obtenerse resultados similares en otros ordenamientos jurídicos con medios conceptuales diferentes.

Características especiales del cumplimiento tardío

El artículo reconoce que el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso. El cumplimiento tardío no puede ser subsanado, porque una vez que la fecha de cumplimiento haya transcurrido, no lo hará nuevamente. No obstante, en muchos supuestos el acreedor puede preferir un cumplimiento con retardo a ningún cumplimiento. En segundo lugar, no es fácil anticipar, al momento en que una parte incurre en mora, cuán prolongado ha de ser el retraso en el cumplimiento. El interés comercial del acreedor permite presumir que un retraso razonable puede ser aceptable, pero no así un incumplimiento que se demore demasiado. El procedimiento establecido en este artículo autoriza al acreedor a otorgar una segunda oportunidad al deudor, sin perjuicio de los demás remedios que le puedan corresponder.

Efectos del otorgamiento de un período suplementario para el cumplimiento

La parte que brinda un período suplementario no puede resolver el contrato ni solicitar el cumplimiento específico durante el período de gracia. Tampoco queda afectado el derecho a obtener el resarcimiento por los daños originados por el retardo.

La situación al final del período concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario, en este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al ven-

cimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era entonces esencial, la resolución sólo será posible al final del período de gracia, siempre éste hubiera sido razonablemente amplio.

Ejemplos

"a" Conviene en construir una carrocería blindada especial para el rolls royce de "b". El contrato establece que el trabajo debe ser finalizado el 1o de febrero con el fin de que el auto pueda ser embarcado al país de residencia de "b". El auto se necesita para el 31 de enero, pero no ha sido terminado para esa fecha, "a" le asegura a "b" que finalizará el trabajo en una semana y "b" le concede dicho plazo. "b" tiene la obligación de aceptar el auto si el trabajo se completa dentro de esa semana, sin perjuicio de reclamar el pago resarcimiento de los daños causados, tales como los gastos extras que requiere el flete. Si el trabajo no se concluye dentro de la semana, "b" podrá rehusar la entrega y resolver el contrato.
"a", Una sociedad localizada del país "x", celebra un contrato con "b", una sociedad del país "y", para construir 100 km. de carretera en "y", el contrato establece un plazo de dos años desde el inicio de las obras, al cabo de los dos años "a" ha completado 85 km. de la carretera, pero es evidente que finalizar el trabajo le llevará por lo menos tres meses más. "b" notifica a "a" que debe finalizar las obras dentro del mes siguiente, "b" no tiene derecho a resolver el contrato al final del mes. Como este período suplementario no resulta razonable conforme a las circunstancias del caso, el período suplementario deberá extenderse por un período razonable de tres meses.

Artículo 7.1.6
(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Comentario

Necesidad de una regla especial sobre cláusulas de exoneración.

Los principios no establecen una regla general que permita a un juez anular o dejar de lado cláusulas abusivas o leoninas, con excepción del principio de

buena fe y lealtad negocial (art. 1.7), que sólo puede ser invocado excepcionalmente en este contexto, sólo existe una disposición que permite anular el contrato en cualquier momento, bien en su conjunto o sólo alguna de sus disposiciones, cuando una parte otorga injustificadamente a la otra una ventaja excesiva (art. 3.10).

La razón para la inclusión de una regla específica sobre cláusulas de exoneración es que éstas son particularmente comunes en los contratos internacionales, donde tienden a originar espinosos conflictos entre las partes.

Este artículo opta por otorgarle al juez amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Las disposiciones del contrato que regulan las consecuencias del incumplimiento son válidas en principio, pero el juez puede ignorar las cláusulas leoninas.

Definición de "cláusulas de exoneración"

A los fines de esta disposición, se entiende por cláusulas de exoneración aquellas que, en primer lugar, limitan directamente o excluyen la responsabilidad de la parte incumplidora por su incumplimiento. Estas cláusulas pueden expresarse de diversas formas (v.gr. estableciendo un monto fijo que limita el resarcimiento, o un porcentaje del cumplimiento en cuestión, o imponiendo la retención de un depósito).

También se considera una cláusula de exoneración aquella que permite a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente. En la práctica, este tipo de cláusula tienen el propósito de permitir al deudor alterar unilateralmente el carácter de la prestación debida, hasta el punto de transformar el contrato. Debe distinguirse estas cláusulas de aquellas que se limitan a definir las prestaciones a las cuales se obliga el deudor.

Ejemplos

Una compañía de turismo ofrece a un precio considerablemente alto una excursión que incluye el alojamiento en hoteles de lujo. Una cláusula del contrato contempla la posibilidad de que la compañía pueda modificar las condiciones de alojamiento en caso de que así lo exijan las circunstancias. si la compañía aloja a sus clientes en hoteles de segunda clase, habrá de responder por incumplimiento a pesar de la existencia de la cláusula, porque los clientes esperan justamente ser alojados en hoteles de categoría similar a la prometida.

El dueño de un hotel exhibe un cartel en el que se responsabiliza por los automóviles que son depositados en el garage, pero no por los objetos dejados dentro de ellos. Esta disposición no constituye una cláusula de exoneración para los propósitos de este artículo, porque su finalidad es simplemente la de definir el alcance de la obligación del dueño del hotel.

Distinción entre cláusulas de exoneración y de cancelación.

Las cláusulas de exoneración deben distinguirse de las de cancelación, que autorizan a las partes a liberarse de sus obligaciones mediante el pago de una indemnización. En la práctica, empero, puede haber cláusulas de cancelación que son concebidas por las partes para que operen, en realidad, como cláusulas de exoneración disimuladas.

Cláusulas de exoneración y pago estipulado en el contrato.

La cláusula que prevea que una parte que no cumpla su prestación debera pagar una suma determinada al acreedor en razón a su incumplimiento (véase el artículo 7.4.13), puede igualmente tener por efecto la limitación al resarcimiento debido al acreedor. En este caso, el deudor no podrá prevalecerse de la cláusula en cuestión si las condiciones establecidas en el presente artículo son aplicadas.

Ejemplo

"a" Acuerda construir una fábrica en favor de "b". el contrato incluye una cláusula penal de 10.000 dólares australianos por cada semana de retraso. La construcción no se completa dentro del plazo estipulado porque "a" deliberadamente suspende su labor para dedicarse a otro proyecto más lucrativo, cuya pena por falta de cumplimiento oportuno es mucho más alta. El daño emergente sufrido por "b" asciende a 20.000 dólares australianos por semana. En este supuesto, "a" no tiene derecho a hacer valer la cláusula penal y "b" puede ser indemnizado de todos los daños y perjuicios sufridos, debido a que el incumplimiento malicioso de "a" conforma un cuadro de circunstancias que torna notablemente injusta la ejecución de la cláusula penal pactada.

Supuestos en que no puede ser invocada una cláusula de exoneración.

Conforme al criterio adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, este artículo parte de la premisa de que, en virtud del principio de la autono-

mía de la voluntad (art. 1.1), las cláusulas de exoneración son en principio válidas. No obstante, una parte no puede invocar dicha cláusula si resulta notablemente injusto valerse de ella.

Este supuesto se conformaría cuando la disposición en cuestión sea intrínsecamente injusta, y cuando su aplicación conduzca a un desequilibrio manifiesto entre las prestaciones de las partes. También puede darse el caso de que una cláusula de exoneración no pueda ser invocada aunque en sí misma no sea manifiestamente injusta. este sería el caso, por ejemplo, en el cual el incumplimiento sea consecuencia de la culpa grave, o cuando la parte perjudicada no haya podido evitar, mediante la contratación de un seguro, las consecuencias de la limitación o exoneración de responsabilidad.

En todo caso, deberá tenerse en consideración la finalidad del contrato y, en particular, lo que la otra parte podría haber esperado razonablemente del cumplimiento del contrato.

Ejemplo

"a", Un contador, contrae la obligación de confeccionar la contabilidad de "b". el contrato incluye una cláusula que exonera a "a" de toda responsabilidad derivada de cualquier inexactitud. Como consecuencia de un error grave de "a", "b" paga un 100% más de los impuestos debidos. "a" no puede hacer valer esta cláusula de exoneración notablemente injusta.

"a", Titular de un almacén de depósito, celebra un contrato con "b" para que éste le vigile la instalación. El contrato incluye una cláusula que limita la responsabilidad de "b". Un robo es perpetrado y la pérdida sufrida por "a" excede el tope de la responsabilidad pactada. A pesar de que la cláusula fue convenida entre dos profesionales, "b" no puede hacer valer la limitación si el robo fue cometido por sus propios durante el desarrollo de sus funciones.

Consecuencia de la imposibilidad de ampararse en una cláusula de exoneración

Si una parte no está autorizada a ampararse en una cláusula de exoneración, la parte perjudicada puede obtener la reparación integral del daño sufrido por la falta de cumplimiento. En contraposición con la facultad morigeradora del tribunal otorgada por el art. 7.4.13, el juez no puede modificar los términos de una cláusula de exoneración.

Artículo 7.1.7
(Fuerza mayor) (Force majeure)

1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.
2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.
3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.
4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

Comentario

Noción de fuerza mayor (force majeure)

El presente artículo abarca la materia que en la tradición jurídica del common law se conoce como la doctrina de la "frustración e imposibilidad de cumplimiento" y en la tradición jurídica continental como force majeure, unmöglichkeit, etc. sin embargo, el concepto de force majeure no se identifica con ninguna de estas doctrinas. La expresión fuerza mayor (force majeure) ha sido escogida por ser ampliamente conocida en la práctica comercial internacional, como lo confirma la inclusión de las llamadas cláusulas de force majeure en innumerables contratos internacionales.

Ejemplos

"a", Un fabricante del país "x", vende una planta de energía nuclear a una compañía eléctrica del país "y". En virtud de las cláusulas del contrato, "a" se obliga a proveer todas las necesidades de uranio por diez años, a un precio fijo

en dólares estadounidenses que han de ser abonados en Nueva York. los siguientes acontecimientos tienen lugar separadamente:

1) Cinco años después, la moneda del país "y" sufre una disminución del 1% con relación al dólar al momento de celebrarse el contrato. "b" no se libera de sus obligaciones, porque este riesgo ha sido distribuido conforme a las disposiciones del contrato que se refieren al pago.
2) Cinco años después el gobierno de "y" impone un régimen de control de cambios que le impide a "b" pagar en una moneda que no sea la de "y". La obligación de "b" de pagar en dólares estadounidenses es excusable, "a" tiene derecho a resolver el contrato de suministro de uranio.
3) Cinco años después, el mercado de uranio es drásticamente alterado a consecuencia de maniobras de unos especuladores tejanos. El precio mundial del uranio se incrementa por diez veces en relación con el precio fijado en el contrato, la obligación de "a" de entregar uranio no es excusable, porque el riesgo de este acontecimiento era previsible al momento de perfeccionarse el contrato.

Efectos de la fuerza mayor (force majeure) en los derechos y obligaciones de las partes

El presente artículo no limita el derecho de la parte que no ha recibido la prestación a resolver el contrato, siempre que dicho incumplimiento sea esencial. Lo que esta disposición establece, en el caso de ser aplicable, es la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios.
En algunos casos el impedimento obstaculizará cualquier tipo de cumplimiento; en muchos otros simplemente retrasará el cumplimiento, en cuyo caso el efecto de este artículo será el otorgar más tiempo para cumplir. En este supuesto, el tiempo extra para cumplir podrá ser mayor o menor que la duración del impedimento temporal, porque lo que importa es determinar el impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

Ejemplo

"a" Celebra un contrato en el que se compromete a colocar un conducto de gas natural a lo largo del país x, las condiciones climáticas son tales que resulta prácticamente imposible trabajar del 1° de noviembre al 31 de marzo. El contrato fija el plazo para concluir las obras el 31 de octubre, sin embargo, los

trabajos comienzan con un mes de retardo debido a que una guerra civil, que ha estallado en un país vecino, impide transportar a tiempo toda la tubería. La consecuencia de este evento es la de impedir la continuación de los trabajos hasta la primavera próxima, "a" tiene derecho a una prórroga de cinco meses para completar su trabajo, a pesar de que la duración del impedimento se limitó a un mes.

Fuerza mayor (force majeure) y excesiva onerosidad (hardship)

Este artículo debe ser interpretado junto con el capítulo 6, sección 2 de los principios, que se refieren a la excesiva onerosidad (hardship). Véase el comentario 6 del art. 6.2.2

Fuerza major (force majeure) y práctica contractual

La definición de fuerza mayor (force majeure) en el parágrafo (1) de presente artículo tiene un carácter necesariamente amplio. Los contratos mercantiles internacionales establecen con frecuencia disposiciones más complejas y precisas. Las partes, en consecuencia, pueden adapatar la terminología más apropiada para adaptar el contenido de este artículo a la operación.

Seccion 2 : Derecho a reclamar elcumplimiento

Artículo 7.2.1
(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

Comentario

Este artículo acoge el principio generalmente aceptado que el pago de una obligación dineraria en virtud de una obligación contractual o cuasi-contratual siempre podrá ser reclamado y si tal reclamación no es satisfecha, su cumplimiento puede ser ordenado por un tribunal. El verbo "reclamar" es utilizado en el presente artículo para cubrir a la vez la solicitud dirigida a la contraparte y, en caso de ser necesario, al tribunal para su ejecución.

Este artículo se aplica independientemente de la unidad monetaria en que deba o debiera efectuarse el pago. En otras palabras, el derecho del acreedor para reclamar el pago se extiende también a los casos en que el pago deba realizarse en una moneda extranjera., en cuanto a la determinación de la moneda en que se debe una obligación dineraria, o en la que debe ser pagada, véanse los arts. 6.1.9, 6.1.10 y 7.4.12.

Excepcionalmente, podrá excluirse el derecho a reclamar el pago del precio de las mercaderías que han de ser entregadas o de los servicios que han de ser prestados. Este es el supuesto que se presenta, en particular, cuando los usos comerciales exigen al vendedor que efectúe una reventa de aquellas mercaderías no aceptadas ni pagadas por el comprador. En cuanto a la aplicación de los usos, véase el art. 1.8.

Artículo 7.2.2
(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

a) Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
b) La prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
c) La parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
d) La prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
e) La parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Comentario

Derecho a reclamar el cumplimiento de obligaciones no dinerarias

De acuerdo con el principio del carácter obligatorio del contrato (véase el art. 1.3), cada parte debería, en principio, estar autorizada a reclamar las prestaciones de la otra parte; no sólo las dinerarias, sino también las no dinerarias. Mientras que esto no es controvertido en los países de tradición romanística,

en los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la órbita del common law sólo se permite cumplimiento específico de una obligación no dineraria en circunstancias especiales.

Al igual que el art. 46 de cisg, esta disposición adopta el principio del cumplimiento específico, sujeto a algunas excepciones.

El principio es particularmente importante con respecto a otros contratos diversos a la compraventa. A diferencia de las obligaciones de dar, las obligaciones hacer o no hacer con frecuencia sólo pueden ser cumplidas por la propia parte contratante. En estos casos, la única forma de obtener la prestación de la parte que no desea cumplir es mediante la ejecución forzosa.

El cumplimiento específico es un remedio no discrecional del tribunal.

Mientras que el art. 28 de cisg establece que "el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciese, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente convención", en los principios el cumplimiento específico no es un remedio cuyo otorgamiento dependa de la discrecionalidad del tribunal. esto significa que un tribunal se encuentra obligado a ordenar el cumplimiento específico, a menos que resulte aplicable alguna de las excepciones establecidas en el presente artículo.

Excepciones al derecho de reclamar el cumplimiento específico

a) Imposibilidad

No se puede reclamar la prestación que sea imposible de hecho o de derecho (inciso (a)). Sin embargo, la imposibilidad no anula el contrato; la parte perjudicada tiene a su disposición otros remedios, véanse los arts. 3.3. y 7.1.7(4).

La denegación de una autorización administrativa exigida por la ley nacional aplicable, que afecte la validez del contrato, determina su nulidad (véase el art. 6.1.17(1)). en este supuesto no puede suscitarse el problema de la ejecución forzosa. Cuando, sin embargo, la denegación de dicha autorización simplemente convierte imposible a la prestación, sin que se afecte la validez del contrato (véase el art. 6.1.17(2)), el inciso (a) de este artículo será aplicable, en cuyo caso no puede reclamarse la prestación.

b) Ejecución excesivamente onerosa

En casos excepcionales, particularmente cuando hubo un cambio drástico de las circunstancias después de la celebración del contrato, el cumplimiento

podría ser todavía posible, pero tan oneroso que reclamarlo en forma específica atentaría contra el principio general de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7).

Ejemplo

Un buque petrolero naufraga en aguas costeras durante una fuerte tempestad, aunque sería posible recuperar el buque del fondo del mar, el cargador no podría reclamar el cumplimiento del contrato de transporte si ésto fuese a ocasionar al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo, véase el art. 7.2.2(b).

Las palabras "o en su caso, la ejecución forzosa" tienen en cuenta el hecho de que en los ordenamientos jurídicos del common law es el tribunal y no los acreedores quien supervisa el cumplimiento de una orden de proceder al cumplimiento específico de una obligación. En consecuencia, en ciertos casos, especialmente aquellos que envuelvan prestaciones duraderas, los tribunales de dichos países rehusan ordenar el cumplimiento específico de una obligación cuando ello implique una tarea injustificadamente onerosa para los jueces.
En lo que respecta a otras posibles consecuencias que surgen de un cambio drástico de circunstancias que conforman una situación de excesiva onerosidad (hardship), véanse los arts. 6.2.1 y ss.

c) Operación de reemplazo
Muchos bienes y servicios de tipo estándar son ofertados por diversos proveedores. Si un contrato para tales bienes o servicios de tipo estándar no se cumple, la mayoría de los clientes no estarían dispuestos a perder tiempo y esfuerzos reclamando el cumplimiento específico de la otra parte. Preferirían ir al mercado a obtener los mismos tipos de bienes o servicios, y reclamar el resarcimiento por la falta de cumplimiento.
En vista de esta realidad económica, el inciso C excluye el cumplimiento específico cuando la parte facultada a reclamarlo pueda razonablemente obtenerlo de otra forma. Esta parte podrá resolver el contrato y realizar una operación de reemplazo, véase el art. 7.4.5.
La palabra "razonablemente" indica que el simple hecho que el mismo cumplimiento pueda ser obtenido de otra fuente no es de por sí suficiente, ya que en ciertas circunstancias la parte perjudicada no podría recurrir a un proveedor sustituto.

Ejemplo

"a", Quien reside en un país en vías de desarrollo, donde el cambio de divisas es muy escaso, compra una máquina de tipo estándar a "b", quien reside en tokio. en virtud del contrato, "a" paga antes de la entrega el precio de us$ 100,000. "b" no cumple con su obligación de entrega, aunque "a" podría obtener en japón otra máquina de ese mismo tipo, esto no sería razonablemente exigible debido a la escasez y costo del cambio de divisas en el país de "a". En este supuesto, "a" tiene derecho a reclamar a "b" la entrega de la máquina prometida.

d) Cumplimiento de naturaleza exclusivamente personal.

En los casos que el cumplimiento sea de carácter exclusivamente personal, la ejecución forzosa podría interferir con la libertad personal del deudor, además, dicha forma de cumplimiento podría afectar la calidad de la prestación. La supervisión de una prestación de naturaleza personal también podría dar lugar a dificultades practicas insuperables, como lo demuestra la experiencia de aquellos países donde se ha impuesto a los tribunales esta clase de responsabilidades. Por estas razones, el inciso (d) excluye la ejecución forzosa del cumplimiento cuando éste sea de naturaleza exclusivamente personal.
La determinación del ámbito de esta excepción depende esencialmente del significado que se otorgue a la frase "de naturaleza exclusivamente personal". La tendencia moderna es atribuirle el significado del cumplimiento de prestaciones cuyas características son únicas. Esta excepción no se aplica a prestaciones que deben ser cumplidas por personas jurídicas. tampoco se trata de incluir dentro de esta frase a las actividades ordinarias de un abogado, médico, ingeniero u otras personas, cuyos servicios pueden ser prestados por otros con la misma preparación y experiencia. el cumplimiento será de naturaleza exclusivamente personal si este no es delegable y exige una destreza particular de naturaleza artística o científica, o si implica una relación confidencial y personal.

Ejemplos

La obligación por parte de una firma de arquitectos para diseñar un conjunto de diez viviendas puede ser de cumplimiento específico en la medida en que la firma puede delegar la tarea en uno de sus socios, o bien emplear a un arquitecto externo para realizarla.

Por el contrario, si se le encarga a un famoso arquitecto que diseñe un nuevo conjunto residencial realizando la idea de una ciudad para el siglo xxi, no se podría ordenar su ejecución forzosa, ya que la prestación es única y requiere el empleo de una pericia muy especial.

El cumplimiento de una obligación de no hacer no se incluye dentro del supuesto que plantea el inciso (d).

e) Reclamación del cumplimiento en un plazo razonable.

El cumplimiento de un contrato frecuentemente requiere de una preparación especial y del esfuerzo del deudor. Si llega el momento del cumplimiento pero el acreedor no lo reclama dentro de un plazo razonable, el deudor está facultado para presumir que el acreedor ya no insistirá en el cumplimiento específico. Si al acreedor se le permitiera dejar al deudor en estado de incertidumbre acerca del momento en que el cumplimiento específico podría ser reclamado, se corre el riesgo de que el acreedor especule en forma desleal, en detrimento del deudor y de un sano desarrollo del mercado.
Por estas razones, el inciso (e) excluye el derecho al cumplimiento específico, salvo que se reclame dentro de un tiempo razonable después de que el acreedor supo o debió haberse enterado del incumplimiento.
Para una regla similar, respecto al derecho a resolver el contrato, véase el art. 7.3.2(2).

Artículo 7.2.3
(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa, lo dispuesto en los artículos
7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

Comentario

Derecho al cumplimiento en caso de prestación defectuosa

Este artículo aplica los principios generales de los arts. 7.2.1 y 7.2.2 a un supuesto específico de incumplimiento, sin embargo muy frecuente, el cumplimiento defectuoso. Para mayor claridad, este artículo afirma que el derecho

a reclamar el cumplimiento específico incluye el derecho de la parte que ha recibido la prestación defectuosa a reclamar la subsanación del defecto.

Subsanación de la prestación defectuosa

En los principios, la subsanación del incumplimiento denota el derecho de la parte incumplidora a corregir su prestación (art. 7.1.4), como el derecho de la parte perjudicada a reclamar tal enmienda a la parte incumplidora, el artículo trata de este último derecho.

Este artículo menciona expresamente dos supuestos de subsanación denominados reparación y remplazo. La reparación de las mercaderías defectuosas (o la prestación adecuada de un servicio que fue insuficiente) es el caso más común, y el reemplazo de una prestación defectuosa es también frecuente. El derecho a reclamar la reparación o el remplazo puede también existir con respecto al pago de dinero, por ejemplo, en el caso de un pago insuficiente, o de un pago en una moneda diversa o en una cuenta diferente de la acordada por las partes.

Además de la reparación y el reemplazo existen otras formas de subsanación, como la de obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan las mercaderías, o la obtención de una autorización administrativa.

Restricciones

La subsanación de una prestación defectuosa está sujeta a las mismas limitaciones que el derecho al cumplimiento en general.

Muchas de las excepciones del derecho a reclamar el cumplimiento que se encuentran en el art. 7.2.2 pueden ser aplicables a las diversas formas de subsanación. Sólo la aplicación del inciso (b) requiere un comentario particular. En muchos supuestos que involucran defectos pequeños e insignificantes, se excluye la necesidad de reclamar un reemplazo o una reparación que podrían implicar un "esfuerzo o gastos no razonables."

Ejemplo

Se vende un vehículo nuevo con un pequeño defecto de pintura que deprecia su valor en un 0.01% del precio de compra. Repintarlo ocasionaría un costo equivalente al 0.5% de su precio de compra. En este supuesto no cabe reclamar la reparación de la prestación defectuosa, esto es, que el vendedor repinte el automóvil, pero el comprador está facultado a reclamar una reducción en el precio de compra.

Artículo 7.2.4
(Pena judicial)

1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.
2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa, el pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

Comentario

Penas impuestas judicialmente

La experiencia de algunos ordenamientos jurídicos ha enseñado que las amenazas de penas impuestas judicialmente constituye el medio más eficaz para garantizar el cumplimiento de una sentencia que ordene el cumplimiento de una obligación (medidas cautelares). Otros ordenamientos jurídicos, por el contrario, no contemplan tales sanciones porque son consideradas como una inadmisible invasión a la libertad de la persona humana.

Este artículo adopta una postura intermedia al prever las penas monetarias pero no las otras, aplicables a toda clase de sentencias que ordenan una prestación, incluyendo las que ordenan el pago de dinero.

Discrecionalidad para imponer una pena

El uso de la palabra "puede" en el parágrafo (1) de este artículo clarifica que la imposición de una pena queda a la discreción del tribunal. Su ejercicio depende del tipo de obligación que se debe cumplir. En el caso de una sentencia que ordena pagar una suma de dinero, sólo será necesario recurrir a una pena judicial en situaciones excepcionales, especialmente cuando la celeridad en el pago es esencial para la parte perjudicada, lo mismo puede decirse respecto a la obligación de entregar mercaderías. Las obligaciones de pagar dinero o de entregar mercaderías suelen hacerse efectivas por medios ordinarios de ejecución. Por contraste, en el caso de las obligaciones de hacer o no hacer, especialmente en aquellos supuestos en que dichas obligaciones no pueden ser fácilmente cumplidas por un tercero, compeler el cumplimiento por medio de una pena judicial suele constituir la solución más adecuada.

Beneficiario

Los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una dádiva injustificada que es contraria al orden público.

Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la parte perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del parágrafo (2) expresa que las disposiciones de orden público del derecho del foro podrían impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales.

Distinción entre penas judiciales, indemnización de daños y perjuicios y pago estipulado por la falta de cumplimiento.

La segunda frase del parágrafo (2) deja claro que la pena judicial pagada a la parte perjudicada no afecta la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios. El pago de la pena se refiere a una compensación a la parte perjudicada por las pérdidas que de ordinario no son susceptibles de compensación en virtud de las normas que se refieren al resarcimiento. más aún, mientras que el pago de daños se verifica después del pago de la pena judicial, los tribunales podrían, en alguna medida, computar el pago de la pena judicial al momento de cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios.

También cabe distinguir entre las penalidades judiciales y el pago estipulado por las partes para la falta de cumplimiento, del que trata el art. 7.4.13, aunque ambos cumplen funciones similares. Un tribunal podría negarse a imponer una pena judicial si considerase que la estipulación contractual relativa al pago para el caso de incumplimiento ya constituye incentivo suficiente para el cumplimiento.

Forma y procedimiento

Una pena judicial podrá imponerse en la forma de un pago global o a plazos. El procedimiento de imposición de una penalidad judicial se rige por la lex fori.

Penas impuestas por árbitros

Como el art. 1.10 establece que la palabra "tribunal" incluye también a los tribunales arbitrales, surge la cuestión de si los árbitros también tienen la facultad de imponer penas.

Mientras que la mayoría de los ordenamientos jurídicos pareciera negar dicha atribución a los árbitros, algunas legislaciones modernas y la práctica judicial

más reciente la han reconocido. esta solución encuentra apoyo en los principios, y se relaciona con la importancia creciente del arbitraje como medio alternativo para el arreglo de controversias, especialmente en el comercio internacional. Como la ejecución de una penalidad impuesta por los árbitros sólo puede ser llevada a cabo por los jueces o con su cooperación, esta apropiada supervisión judicial funciona como prevención contra cualquier tipo de abuso en el que puedan incurrir los árbitros.

Reconocimiento y ejecución de autos y sentencias que impongan penas.

Debe prestarse especial atención a los problemas que surgen del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras que imponen una pena. Reglas especiales sobre esta materia pueden encontrarse ocasionalmente en algunos ordenamientos internos y, en alguna medida, en tratados internacionales.

Artículo 7.2.5
(Cambio de remedio)

1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.
2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

Comentario

La parte perjudicada tiene derecho a cambiar de remedio.

Este artículo se dedica a un problema que es propio del derecho a reclamar el cumplimiento. La parte perjudicada puede abandonar el remedio de requerir la prestación no dineraria y optar en cambio por otro u otros derechos o acciones. La elección se permite debido a las dificultades usualmente envueltas en la ejecución de obligaciones no dinerarias. Aun si la parte perjudicada decide primero invocar su derecho a reclamar la prestación, no sería justo limitarla a esta única opción. La parte incumplidora puede ser incapaz de cumplir, o su incapacidad para cumplir puede que se manifieste sólo durante el curso del cumplimiento.

Cambio voluntario de remedio.

Deben distinguirse dos situaciones.
En el primer caso, la parte perjudicada ha reclamado la prestación, pero cambia de parecer antes de la ejecución de la sentencia a su favor, quizá porque ha descubierto la incapacidad de la otra parte para cumplir. La parte perjudicada entonces desea invocar otro remedio. Ese cambio voluntario de remedio puede permitirse si los intereses de la parte incumplidora quedan adecuadamente protegidos, ya que ésta podría haberse estado preparando para el cumplimiento o haber incurrido en gastos a tal efecto. Por esta razón, el parágrafo (1) de este artículo aclara que la parte perjudicada está facultada para invocar otro remedio sólo si no ha recibido la prestación dentro del plazo fijado para ello o, en su defecto, dentro de un término razonable.
Cuánto tiempo adicional debe ser otorgado a la parte incumplidora para que cumpla, depende de la dificultad que el cumplimiento lleve consigo. La parte incumplidora goza del derecho de cumplir siempre que lo haga antes de que venza el período suplementario otorgado.
Respecto a razones similares que restringen el derecho de la parte perjudicada a resolver el contrato en el supuesto de mora en el cumplimiento, véase el art. 7.3.2(2).

Mandato judicial no factible de ejecución forzosa.

El parágrafo (2) contempla el segundo y no menos difícil problema que se presenta cuando la parte perjudicada ha intentado sin éxito hacer cumplir la sentencia judicial o el laudo arbitral que impone el deber de cumplir. en este caso, es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios.

Límites temporales.

En el supuesto de un cambio de remedio, la limitación temporal prevista en el art. 7.3.2(2) para notificar tal decisión de resolver el contrato debe ser adecuadamente prorrogada. el período razonable para cursar la notificación comienza a correr, en el caso de un cambio voluntario de remedio, a partir del momento en que la parte perjudicada supo o debió enterarse del incumplimiento, una vez que ha expirado el período suplementario del que disponía la parte incumplidora para cumplir. En el supuesto del parágrafo (2) de este artículo, dicho período comienza a correr a partir del momento en que la parte perjudicada supo o debió enterarse de que el laudo o sentencia ordenando el cumplimiento no era susceptible de ejecución forzosa.

Sección 3: Resolución

Artículo 7.3.1
(Derecho a resolver el contrato)

1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.
2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

   a) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
   b) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
   c) El incumplimiento fue intencional o temerario;
   d) El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
   e) La resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5.

Comentario

Resolución del contrato si el incumplimiento es excusable.

Las reglas establecidas en este capítulo pretenden ser aplicables tanto a los casos en que la parte que incumple es responsable, como a aquellos en que el incumplimiento es excusable y, en estos casos, la parte perjudicada no puede reclamar ni el cumplimiento específico ni una indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento.

Ejemplo

"a", Una compañía del país "x", compra vino a "b," del país "y". Posteriormente, el gobierno del país "x" impone un embargo a las importa-

ciones de productos agrícolas del país "y". aunque el impedimento no es imputable a "a", "b" puede resolver el contrato.

Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial.

En los casos de incumplimiento de una de las partes, la determinación de si la otra puede resolver el contrato depende de una ponderación de las circunstancias. por un lado, la prestación puede tener tal demora o defectos que la parte perjudicada ya no pueda emplearla para los fines proyectados, o bien el comportamiento de la parte incumplidora ha sido tal que se debería permitir a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.
Por otro lado, la resolución del contrato habrá de causar un detrimento serio a la parte incumplidora, cuyos gastos en la preparación para ofrecer la prestación podrían no ser recuperados.
Por ello el parágrafo (1) de este artículo dispone que la parte perjudicada puede resolver el contrato sólo si el incumplimiento de la otra parte es "esencial", esto es, si es substancial y no de poca importancia, véanse también los arts. 7.3.3. y 7.3.4

Circunstancias significativas para determinar si el incumplimiento es esencial.

El parágrafo (2) de este artículo presenta un elenco de circunstancias relevantes para la determinación de si, en un determinado caso, la falta de cumplimiento de una obligación contractual constituye un incumplimiento esencial.

a) Si el incumplimiento priva substancialmente a la otra parte de sus expectativas.

El primer factor al que hace referencia el parágrafo 2(a) es que el incumplimiento sea tan esencial que prive a la parte perjudicada de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el contrato.

Ejemplo

El 1o de mayo "a" contrata la entrega a "b" de software estándar antes del 15 de mayo. "b" ha solicitado que la entrega se efectúe rápidamente. Si "a" ofrece la entrega el 15 de junio, "b" podrá rechazarla y resolver el contrato.

La parte perjudicada no podrá resolver el contrato si la parte incumplidora puede demostrar que no pudo prever, y que razonablemente no hubiera podido prever, que el incumplimiento sería esencial para la otra parte.

Ejemplo

"a" Se compromete a remover basura del terreno de "b" durante 1992, "b" omite informar a "a" que "b" ha contratado excavadores a un costo muy alto para comenzar a trabajar en el mismo terreno a partir del 2 de enero de 1993, "b" no puede resolver el contrato por el hecho que "a" no haya limpiado el terreno para el 2 de enero.

b) Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación

El parágrafo (2)(b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito.

c) Incumplimiento intencional

El parágrafo 2 c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional.

d) Falta de confianza en el cumplimiento futuro

El parágrafo (2)(d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe efectuar una prestación a plazos, y resulta claro que los defectos en una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato.
A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte.

Ejemplo

"a", Que es mandatario de "b", presenta recibos falsos a "b" para solicitar el reembolso de supuestos gastos. aunque la suma solicitada por "a" en concep-

to de reembolso sea insignificante, "b" puede considerar el comportamiento de "a" como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato.

e) Pérdida desproporcionada

El parágrafo (2)(e) se ocupa de supuestos en los que la parte que no ha cumplido el contrato ha confiado en dicho contrato y se estaba preparando para cumplirlo o se ha ofrecido a hacerlo. En estos casos se debe prestar atención a si dicha parte sufriría un menoscabo desproporcionado en el caso de que su incumplimiento sea considerado como esencial, es menos probable que el incumplimiento sea considerado esencial en el caso de cumplimiento moroso, posterior a la preparación de la prestación, que si el incumplimiento tiene lugar mucho antes de tal preparación. También cabe tener en cuenta si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o efectivamente entregada puede ser de algún beneficio para la parte incumplidora, si dicha parte de la prestación es rechazada o devuelta.

Ejemplo

El 1o de mayo "a" se obliga a entregar software fabricado especialmente para "b". El contrato dispone que la entrega deberá realizarse antes del 31 de diciembre, "a" ofrece entregarlo el 31 de enero, cuando "b" todavía necesita el software y "a" no puede venderlo a otros usuarios, "b" puede reclamar una indemnización de los daños y perjuicios, pero no puede resolver el contrato.

Resolución del contrato después del período suplementario (nachfrist)

El parágrafo (3) está enlazado con el art. 7.1.5(3), donde se dispone que la parte perjudicada pueda otorgar a la parte que incumple un período suplementario (nachfrist) para resolver un contrato que, de otro modo, no podría resolver por retraso (véase el comentario 2 al art. 7.1.5).

Artículo 7.3.2
(Notificación de la resolución)

1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.
2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contra-

to a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

Comentario

El requisito de la notificación.

El parágrafo (1) de este artículo confirma el principio de que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejerce por tal notificación a la otra parte. El requisito de la notificación permitirá a la parte incumplidora evitar pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptará el cumplimiento. También se pretende evitar que la parte perjudicada especule con el alza o baja del valor de la prestación en detrimento de la parte incumplidora.

Prestación retrasada.

Si la prestación se debe pero no se ha realizado, la actuación de la parte perjudicada dependerá de su información y de sus aspiraciones.
Puede suceder que la parte perjudicada no sepa si la otra parte tiene la intención de cumplir, o si ésta ya ha decidido no cumplir, o si todavía se encuentra indecisa. En este caso, la parte perjudicada puede esperar y ver si la prestación es finalmente ofrecida y tomar una decisión en el caso y al momento en que esto ocurra (véase el parágrafo (2)). La parte perjudicada, por otro lado, puede desear obtener el cumplimiento y solicitarlo dentro de un período razonable después de que supo o debió conocer el incumplimiento, véase el art. 7.2.2(e). Este artículo no contempla el supuesto en que la parte incumplidora solicita de la perjudicada una decisión acerca de si esta última aceptará el cumplimiento tardío. tampoco se ocupa del supuesto el que la parte perjudicada se entera por otras fuentes de que la parte incumplidora pretende cumplir el contrato. En este caso, el principio de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) puede reclamar a la parte perjudicada que informe a la otra parte que no desea aceptar el cumplimiento tardío, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

"Tiempo razonable".

La parte perjudicada que pretenda dar por terminado el contrato deberá notificar a la otra parte, dentro de un período razonable después de que supo, o debiera haber sabido, la situación de incumplimiento (parágrafo (2)).

Qué debe considerarse "razonable" dependerá de las circunstancias. En aquellas situaciones en las que la parte perjudicada pueda obtener fácilmente una prestación de reemplazo, y pueda entonces especular con el alza y baja del precio, la notificación deberá ser cursada sin demora injustificada. Cuando se requieran de ciertas indagaciones para saber si es posible obtener una prestación de reemplazo, el período razonable habrá de ser necesariamente más largo.

La notificación debe ser recibida

La notificación cursada por la parte perjudicada produce efectos cuando es recibida por la parte incumplidora véase el art. 1.9.

Artículo 7.3.3
(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Comentario

Este artículo establece el principio de que el incumplimiento que ha de ser esperado se equipara al incumplimiento que tuvo lugar al momento en que se debía la prestación. Un requisito que debe quedar claro es que habrá de existir incumplimiento; una sospecha, aun bien fundada, no será suficiente. Más aún, es necesario que el incumplimiento sea esencial y que la parte que tiene derecho a recibir la prestación notifique su decisión de resolver el contrato.
Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato. Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial.

Ejemplo

"a" promete a "b" entregar petróleo transportado por el buque m/s paul en montreal el 3 de febrero. El 25 de enero el m/s paul se encuentra a 2000 km. de montreal, a la velocidad que hace no llegará a montreal el 3 de febrero; como pronto lo haría el 8 de febrero. como el tiempo de la entrega es esencial

y ha de esperarse un retraso significativo, "b" puede resolver el contrato antes del 3 de febrero.

Artículo 7.3.4
(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

Comentario

Expectativa razonable de incumplimiento esencial.

Este artículo protege el interés de una parte que tiene razones para creer que la otra será incapaz o no desea cumplir el contrato en la fecha estipulada, pero que no puede recurrir al art. 7.3.3 pues aún existe la posibilidad de que la otra parte quiera o pueda cumplir. La primera parte, en ausencia de esta disposición, se encontraría con frecuencia en un dilema. Por un lado, incurrirá en una pérdida si espera la fecha del cumplimiento y la otra parte no cumple. Por otro lado, si decide resolver el contrato y entones resultara evidente que el contrato habría sido cumplido por la otra parte, su proceder equivaldría a un incumplimiento del contrato, conllevando su responsabilidad por el daño causado.

El derecho a suspender el cumplimiento depende de garantías adecuadas de cumplimiento.

Consecuentemente, este artículo faculta a la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por parte de la otra, a reclamar garantías adecuadas de cumplimiento y a suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones. Qué constituye una garantía adecuada depende de las circunstancias. En algunos casos será suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá, mientras que en otros, el requisito de una fianza o garantía de un tercero podría estar justificado.

Ejemplo

"a", Un constructor de barcos con un solo astillero, promete construir un yate para "b" a ser entregado a más tardar el 1o de mayo. Poco después "b" se entera por "c" de que "a" también se ha comprometido a construir un yate para "c" durante el mismo período, "b" está facultado para solicitar de "a" una garantía adecuada de que el yate se entregará a tiempo. Además, "a" tendrá que dar a "b" una explicación satisfactoria de cómo cumplirá con el contrato.

Resolución del contrato.

De no otorgarse la garantía adecuada de cumplimiento solicitada, la otra podrá resolver el contrato.

Artículo 7.3.5
(Efectos generales de la resolución)

1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.
2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.
3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Comentario

La resolución extingue obligaciones futuras.

El parágrafo (1) de este artículo establece la regla general de que la resolución del contrato tiene efectos para el futuro, por lo que las partes se liberan de su deber de efectuar y recibir prestaciones futuras.

No se altera el derecho al resarcimiento.

El hecho que en virtud de su resolución el contrato llegue a su fin no priva a la parte perjudicada de su derecho de reclamar el resarcimiento por el incumplimiento, conforme con las reglas establecidas en la sección 4 de este capítulo (arts. 7.4.1. y ss.)

Ejemplo

"a" Vende a "b" una maquinaria de producción especializada, la maquinaria presenta serios defectos después de que "b" comienza a emplearla y sus importantes defectos provocan el paro de la planta de "b". "b" da por resuelto el contrato pero conserva el derecho al resarcimiento (art. 7.3.5.(2).

Disposiciones contractuales no afectadas por la resolución

No obstante la regla general establecida en el parágrafo (1), pueden existir disposiciones en el contrato que sobrevivan a su resolución. Es el caso, en concreto, de las disposiciones relativas al arreglo de controversias, pero pueden existir otras que por su propia naturaleza se intenta que operen después de la resolución del contrato.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que "a" revela información confidencial a "b", la cual es necesaria para la producción y que "b" conviene en no divulgar a menos que llegue a ser de dominio público. El contrato contiene además una cláusula que somete las controversias a los tribunales del país de "a". después de que "b" resuelve el contrato, "b" continúa sometido a la obligación de no divulgar la información confidencial, por lo que toda controversia relativa al contrato y sus efectos deberá ventilarse ante los tribunales del país de "a" (art. 7.3.5(3)).

Artículo 7.3.6
(Restitución)

1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.

Comentario

Derecho de las partes a la restitución desde la resolución.

El parágrafo (1) de este artículo establece el derecho de cada parte para reclamar la restitución de todo lo que haya sido entregado en virtud del contrato, siempre y cuando restituya al mismo tiempo cuanto haya recibido.

Ejemplo

"a" Vende un cuadro de renoir a "b" por us$ 2,000,000. "b" no lo paga al recibirlo. "a" puede solicitar que el cuadro le sea restituido.

Si la parte incumplidora no puede restituir, deber hacer una entrega de dinero por el valor de lo recibido. por lo que, en el caso descrito en el ejemplo 1, en el supuesto de que "b" la haya vendido y entregado a otro comprador de quien no puede reclamarla, "b" debe entregar dinero por el valor de la obra.
La norma también se aplica cuando la parte perjudicada ha realizado un mal negocio. Si en el caso presentado en el ejemplo 1, el valor real de la obra fuera de us$ 3,000,000, "a" puede solicitar la restitución del cuadro y, si no puede ser devuelto, reclamar el valor real de us$ 3,000,000.
El presente artículo también se aplica a la situación en que la parte perjudicada haya entregado dinero como contraprestación de bienes, servicios, etc., que no ha recibido o que son defectuosos.

Ejemplo

El cuadro de "renoir" por el que "b" ha pagado us$ 2,000,000 no era en realidad un renoir sino una copia, "b" puede solicitar la devolución del dinero y deberá entregar la copia a "a".

El dinero devuelto por servicios u obras que no hayan sido cumplidos o por bienes que hayan sido rechazados deberá ser restituido a la parte que pagó por ellos. El mismo principio se aplicará a la custodia de mercaderías o arriendo de bienes.

Restitución imposible o inadecuada

Hay casos en los que en vez de la restitución en especie, se debe hacer una entrega de dinero. Este es el caso, sobre todo, en el que no es posible la restitución en especie.

Ejemplo

"a", Que ha sido contratado para excavar el terreno de "b", lo abandona luego de realizar sólo la mitad del trabajo,. "b", que resuelve el contrato, tendrá que completar el trabajo y pagar a "a" una suma razonable por el trabajo hecho, evaluado de acuerdo al valor que dicho trabajo tiene para "b".

La posibilidad de entregar una suma de dinero también está prevista en el parágrafo (1), siempre que la restitución en especie sea "inapropiada". Esto es así de modo especial cuando la parte perjudicada ha recibido una parte de la prestación que desea retener.
El propósito de especificar que la entrega debe efectuarse en dinero "siempre que sea razonable" es el de clarificar que la asignación sólo procede cuando la prestación recibida ha conferido a la parte que reclama la restitución un beneficio y en la medida de éste.

Ejemplo

"a", Que se ha comprometido a decorar una habitación de lujo para "b", un fabricante de muebles, abandona el trabajo cuando llevaba hecha la mitad de la decoración, "b" puede reclamar la restitución de los anticipos del pago, pero como los avances de la decoración carecen de valor y utilidad para "b", éste no está obligado a pagar por los trabajos realizados por "a".

Contratos de cumplimiento prolongado

Si el cumplimiento se ha prolongado por un período de tiempo, conforme a lo dispone el parágrafo (2), la restitución podrá reclamarse únicamente respecto al período posterior a la resolución.

Ejemplo

"a" Contrata la asistencia al equipo de computación de "b" por un período de cinco años. Después de tres años de servicio regular, "a" se ve obligado, por una enfermedad, a suspender los servicios y el contrato es resuelto, "b", que ha pagado a "a" el cuarto año, puede reclamar la restitución del pago anticipado por ese cuarto año, pero no el dinero pagado por los tres años de servicio regular prestados durante los tres años anteriores.

Esta norma sólo se aplica si las prestaciones son divisibles.

Ejemplo

"a" Sse compromete a pintar diez cuadros con motivos históricos para el salón de fiestas de "b". después de haber entregado y haber sido pagado por haber pintado cinco cuadros, "a" abandona el trabajo, "b" puede reclamar el total del dinero dado en anticipo a "a" y deberá devolverle los cinco cuadros.

Otras reglas aplicables a la restitución.

Tanto la norma del art. 7.1.3 sobre el derecho a suspender el cumplimiento y del art. 7.2.2. sobre el cumplimiento de obligaciones no dinerarias se aplican, con las modificaciones del caso, a la restitución de bienes. Por lo tanto, la parte perjudicada no puede solicitar la restitución de mercaderías cuando esto sea imposible o supusiera a la parte incumplidora un gasto o esfuerzo no razonable (véase el art. 7.2.2(a) y (b)). En estos casos, la parte incumplidora deberá hacer una asignación por el valor de los bienes que no pueden ser restituidos, véase el art. 7.3.6(1).

No se afectan los derechos de terceros.

Al igual que los otros artículos de los principios, el art. 7.3.6 trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas pueden haber adquirido sobre los bienes en cuestión. Deberá determinarse conforme al derecho nacional aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el síndico de la quiebra, o un adquirente de buena fe pueden oponerse a la restitución de los bienes vendidos.

Sección 4: Resarcimiento

Artículo 7.4.1
(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos principios.

Comentario

Derecho al resarcimiento en general.

Este artículo establece el principio de un derecho general al resarcimiento en caso de incumplimiento, excepto cuando el incumplimiento sea excusable de acuerdo a estos principios, como en el supuesto de fuerza mayor (force majeure) (art. 7.1.7) o de una cláusula de exoneración (art. 7.1.6). Excesiva onerosidad (hardship) (art. 6.2.1 y ss.), en principio, no da lugar al resarcimiento del daño sufrido.

El artículo insiste en que el derecho al resarcimiento, como otros remedios, surge por el simple hecho del incumplimiento. La parte perjudicada únicamente debe probar el incumplimiento, esto es, que no ha recibido lo que se le había prometido. no es necesario probar además que el incumplimiento se debe a la culpa de la parte incumplidora. el grado de dificultad para probar el incumplimiento dependerá del contenido de la obligación y, en particular, si la obligación es de emplear los mejores esfuerzos o de resultado, véase el art. 5.4.

El derecho al resarcimiento existe en el supuesto de falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que surgen del contrato, por lo que no es necesario distinguir entre obligaciones principales y accesorias.

El resarcimiento de los daños y perjuicios es compatible con otros remedios.

Este artículo también establece que la parte perjudicada puede solicitar la reparación del daño sufrido, bien como único remedio (v.gr. reparación por mora en el cumplimiento, o por una prestación defectuosa aceptada por la parte perjudicada, o por cumplimiento imposible del que sea responsable la parte incumplidora), o bien en unión con otros remedios. Por lo tanto, en caso de resolución del contrato, el resarcimiento puede solicitarse para compensar el menoscabo sufrido por dicha resolución, o, en el caso de cumplimiento específico, para compensar el retardo con el que la parte perjudicada recibe el cumplimiento y por aquellos gastos en los que hubiera incurrido. El resarcimiento de los daños y perjuicios también puede acompañarse de otros remedios (v.gr. subsanación del incumplimiento, admisión del error, publicación en periódicos, etc.).

Resarcimiento y responsabilidad precontractual.

El derecho al resarcimiento puede surgir no solamente en el contexto del incumplimiento de un contrato, sino también durante la fase precontractual,

véase, por ejemplo, el art. 2.15 con relación al resarcimiento por negociar de mala fe, el art. 2.16 para el supuesto de violación del deber de secreto, o el art. 3.18 para el caso de error, dolo, intimidación o excesiva desproporción de las prestaciones. Estas situaciones están sujetas a la aplicación por analogía de las normas que regulan el resarcimiento.

Artículo 7.4.2
(Reparación integral)

1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.
2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Comentario

La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral.

El parágrafo (1) de este artículo establece el principio de que la parte perjudicada tiene el derecho a la reparación integral por el daño sufrido a consecuencia del incumplimiento del contrato. Este parágrafo reafirma además la necesidad de una relación causal entre el incumplimiento y el daño, véase asimismo el comentario 3 al art. 7.4.3. el incumplimiento no debe ser una fuente de menoscabo ni de ganancias para la parte perjudicada.
No se ha adoptado la solución propiciada en algunos ordenamientos jurídicos, que permite al tribunal reducir el monto de la reparación atendiendo a las circunstancias del caso, puesto que en un contexto internacional esta facultad morigeradora podría ocasionar un grado considerable de incerteza, variando ampliamente su aplicación de un tribunal a otro.

La reparación del daño cubre las pérdidas sufridas, incluyendo el lucro cesante.

Al especificar el daño que se debe reparar, el parágrafo (1) de este artículo, siguiendo la norma establecida en el art. 74 de CISG, establece que la parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento no sólo por la pérdida sufrida, sino

también por toda ganancia de la que ha sido privada como consecuencia del incumplimiento.
La noción de pérdidas sufridas debe entenderse en un sentido amplio. Puede incluir una reducción del patrimonio de la parte perjudicada o un incremento de su responsabilidad cuando el acreedor, al no recibir el pago del deudor, se ve obligado a pedir dinero en préstamo para hacer frente a sus obligaciones. El lucro cesante o, como en ocasiones se le denomina, la pérdida consecuencial, consiste en el beneficio que podría haber percibido la parte perjudicada en el curso ordinario de las cosas si el contrato se hubiera cumplido adecuadamente. Muchas veces este beneficio será incierto, de modo que con frecuencia adquiere la forma de la pérdida de una expectativa. véase el art. 7.4.3(2).

Ejemplos

La bibliothéque de france envía un manuscrito valioso por mensajería especializada a Nueva York para una exposición. El manuscrito se daña irreparablemente durante el transporte. su pérdida se estima en 50,000 francos franceses. Esta es la suma que debe pagar la compañía de mensajería.
"a", Que no ha recibido el pago de "b" conforme lo pide el contrato, debe recurrir a un banco para solicitar un préstamo de dinero a un tipo de interés alto. "b" debe compensar a "a" por el interés pagado al banco.
"a", Una compañía constructora, arrienda una grúa de la compañía "b". Al no haber recibido mantenimiento adecuado, el brazo de la grúa se rompe y cae sobre el coche del arquitecto de la obra, aplastándolo. el accidente origina una interrupción de las obras durante ocho días, a consecuencia del cual "a" debe pagar al propietario de la obra una pena por mora de 70.000 francos franceses, "b" debe reembolsar a "a" los gastos incurridos como consecuencia de la interrupción del trabajo, más la suma de la penalidad por mora y por la reparación del coche del arquitecto que "a" tuvo que pagar.
"a", Un cantante, cancela un compromiso con "b", un promotor. "a" debe pagar los daños ocasionados a "b" no sólo en razón de los gastos erogados por "b" para la preparación del concierto, sino también la pérdida de las ganancias que se hubieran obtenido de no haberse cancelado el espectáculo.

Los daños no deben enriquecer a la parte perjudicada.

La parte perjudicada no debe enriquecerse con el resarcimiento por el incumplimiento. Esta es la razón por la que el parágrafo (1) también prevé que el

resarcimiento debe tomar en consideración cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera podido obtener por el incumplimiento, ya sea por los gastos que ha evitado (v.gr. al no tener que pagar el costo del alojamiento para el artista que no se presenta a escena), o las pérdidas que evitó gracias al incumplimiento (v.gr. en el supuesto de incumplimiento de un negocio que hubiera ocasionado pérdidas a la parte perjudicada).

Ejemplo

"a" Alquila una máquina excavadora a "b" por dos años, a una renta mensual de 50,000 francos franceses, el contrato se resuelve a los seis meses por falta de pago del alquiler. seis meses después, "a" logra alquilar la misma maquinaria por 55,000 francos franceses mensuales. La ganancia de 60,000 francos franceses obtenida por "a", como resultado del nuevo alquiler durante el tiempo que resta del contrato con "b", o sea, un año, deberá ser deducida del monto de la indemnización adeudada por "b".

Reparación en el caso de modificaciones del daño.

En aplicación del principio de reparación integral se debe atender cualquier modificación del daño, incluyendo su expresión en términos pecuniarios, que pueda ocurrir entre el incumplimiento y la sentencia. Este regla tiene excepciones, por ejemplo, si la parte perjudicada ha reparado el daño por su propia cuenta, el monto se deberá corresponder con las sumas desembolsadas.

Compensación del daño inmaterial.

El parágrafo (2) de este artículo dispone expresamente la reparación de daños no pecuniarios, puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación.

Esta norma podría ser aplicada en el comercio internacional en materia de contratos celebrados por artistas, deportistas famosos y famosas o consultores contratados por una empresa u organización.

También en estos casos debe satisfacerse el requisito de que el daño sea cierto (véase el art. 7.4.3), además de las otras condiciones para ser acreedor al resarcimiento.

Ejemplo

"a", Un joven arquitecto que ha comenzado a crearse cierto prestigio, firma un contrato para la modernización de un museo municipal de bellas artes. El nombramiento recibe amplia difusión por la prensa. las autoridades municipales deciden posteriormente contratar los servicios de un arquitecto más experimentado y resolver el contrato con "a", "a" puede obtener el resarcimiento, pero no sólo por las pérdidas materiales sino también por el daño a la reputación y la pérdida de la oportunidad para "a" de alcanzar la mayor celebridad que le hubiera otorgado la realización del encargo.

La reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y toca a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. Los tribunales no sólo pueden reclamar el pago de una compensación monetaria, sino también otras formas de reparación, tales como la publicación de un aviso o noticia en un periódico determinado (v.gr. en el caso de violar la cláusula que prohiba la competencia o la reapertura de un negocio, la difamación, etc.).

Artículo 7.4.3
(Certeza del daño)

1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.
2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Comentario

El daño debe poder determinarse con un grado razonable de certeza.

Este artículo confirma el conocido principio de certeza del daño, ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda.

El parágrafo (1) también autoriza la compensación del daño futuro, esto es, cuando el daño no se ha verificado, pero es muy probable que se realice. El parágrafo (2) incluye además la pérdida de una expectativa o "chance", obviamente sólo en proporción a la probabilidad de su ocurrencia. por lo tanto, el propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competición como consecuencia del retraso en su transporte, no puede reclamar una compensación equivalente al primer premio, aun cuando el caballo fuese el favorito.

Determinación del alcance del daño.

El requisito de certeza del daño no sólo atañe a su existencia sino también a su alcance. Puede existir un daño cuya existencia no se discute pero que es difícil cuantificarlo. es el caso frecuente del daño ocasionado por la pérdida de una expectativa (que no siempre involucra una especulación, como en el supuesto de la carrera de caballos, sino también supuestos como el de un estudiante que se prepara para un examen público) o la reparación de un daño no material (v.gr. el detrimento a la reputación de una persona, su dolor o sufrimiento).

Ejemplo

"a" Entrega un sobre con un pliego a "b", una compañía de mensajería urgente, en el que "a" responde a una invitación a remitir ofertas en una licitación para la construcción de un aeropuerto, "b" asume la responsabilidad de entregar el sobre antes de la fecha de cierre para recibir ofertas, pero lo entrega después de esa fecha y por ese motivo la solicitud de "a" es descartada. El monto de la reparación debida a "a" dependerá del grado de la posibilidad que tenga "a" de que su oferta hubiera ganado la licitación, para cuya determinación se exige que sea comparada con las otras propuestas sometidas a consideración. la extensión del monto de la reparación en este supuesto habrá de calcularse en proporción a las ganancias que "a" hubiera podido obtener.

En virtud del parágrafo (3), cuando el monto del resarcimiento no pueda establecerse con cierto grado de certeza, el tribunal está facultado para cuantificarla equitativamente, en lugar de rechazarla o conceder una suma simbólica.

El daño, además de cierto, debe ser una consecuencia directa del incumplimiento.

Existe una clara vinculación entre la certeza y la naturaleza directa del daño. aunque esta naturaleza directa del perjuicio causado no se encuentre regulada

expresamente en los principios, queda implícito en el art. 7.4.2(1), que se refiere al daño resarcible como aquél "derivado del incumplimiento", lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño sufrido. Si el daño es demasiado indirecto, es muy probable que también sea incierto e imprevisible.

Artículo 7.4.4
(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable sola-mente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

Comentario

El principio de que el daño resarcible se limita a aquél que pudo ser previsto se corresponde con la solución adoptada por el art. 74 de cisg. esta limitación se refiere a la naturaleza misma del contrato: no todos los perjuicios que deje de percibir la parte perjudicada se relacionan directamente con el contrato. la parte incumplidora no debe cargar con la reparación de perjuicios que no pudo prever al momento de celebrar el contrato, ni con los riesgos que, por esa razón, no pudo contemplar cubrir con un seguro.
Los requisitos de previsibilidad deben ser analizados simultáneamente con los de la certeza del daño establecidos en el art. 7.4.3.
Es necesario clarificar lo que se entiende por el requisito de previsibilidad del daño en los principios, ya que puede no guardar correspondencia con algunos ordenamientos jurídicos, conforme a los cuales, en el caso de incumplimiento doloso o con culpa grave, el resarcimiento del daño alcanza a los perjuicios que no pudieron preverse. Como la presente norma no contempla dicha excepción, es necesario interpretar el concepto de previsibilidad de manera restringida. la previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción.
Lo que era previsible será determinado con referencia al momento de celebración del contrato y con respecto a la parte incumplidora en sí misma (incluyen-

do sus dependientes o mandatarios). El criterio determinante consiste en identificar lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencias del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado.

Ejemplos

Una compañía de limpieza solicita una máquina que es entregada con cinco meses de retraso. El fabricante de la máquina debe compensar a la compañía de limpieza por el lucro cesante originado por la demora en su entrega, ya que el fabricante pudo haber previsto de que la máquina debía ser puesta en funcionamiento de inmediato. por otra parte, el daño resarcible no comprende la pérdida por parte de la compañía de limpieza de un valioso contrato con el gobierno, que se habría celebrado de haber sido entregada la máquina a tiempo, ya que este tipo de perjuicio no era previsible.

"a", Un banco, suele emplear los servicios de seguridad de una compañía para el transporte de los sacos de monedas a distribuir por sus sucursales. Sin informar a la compañía de seguridad, "a" envía sacos con monedas para coleccionistas, de valor cincuenta veces superior al de las monedas transportadas en entregas previas. Los sacos son robados en un asalto, "a" sólo tiene derecho a ser indemnizado por la pérdida sufrida que se corresponda con el valor de los sacos de monedas regularmente transportados, ya que éste es el único tipo de daño que pudo ser previsto. El valor de la pérdida de los sacos de las nuevas monedas ha transformado la pérdida previsible en otra de diferente naturaleza.

A diferencia de ciertas convenciones internacionales, especialmente las del área del transporte, los principios siguen el criterio de la cisg en el sentido de no incluir en el concepto de reparación integral el daño imprevisible ocasionado por el incumplimiento doloso.

Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la dife-

rencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Comentario

Monto del daño presumido en caso de una operación de reemplazo.

Junto con las reglas generales aplicables a la prueba de la existencia y monto del daño, es aconsejable establecer una serie de presunciones que puedan facilitar la tarea de la parte perjudicada.

La primera de las presunciones que se establece en este artículo se corresponde sustancialmente con el art. 75 de cisg. se refiere a la situación en que la parte perjudicada ha realizado una operación de reemplazo, ya sea porque así se lo imponga el deber de atenuar el daño o los usos comerciales. En tal caso, el perjuicio sufrido se considera que es la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo.

La presunción es aplicable sólo si se ha realizado una operación de reemplazo y no si la parte perjudicada ha cumplido por sí misma la obligación que debería haber cumplido la otra parte (por ejemplo, cuando un naviero procede a reparar por sí mismo un buque que debió ser reparado por el astillero a quien se le había confiado el trabajo).

Tampoco hay una operación de reemplazo, y por lo tanto se aplicarán las reglas generales, cuando una compañía, después de resolver el contrato, utiliza su equipo para cumplir otros contratos que podría haber cumplido al mismo tiempo que el primero ("pérdida de volumen").

La operación de reemplazo debe llevarse a cabo dentro de un tiempo razonable y de una manera también razonable, a fin de evitar que la parte incumplidora sea perjudicada por una conducta apresurada o maliciosa.

Resarcimientos ulteriores cubren el daño adicional.

La regla de que la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre los dos precios de los contratos establece un derecho de resarcimiento mínimo. La parte perjudicada también puede obtener el resarcimiento por el daño adicional que pudo haber sufrido.

Ejemplo

"a", Un astillero, se compromete a ajustar un buque perteneciente a "b", un naviero, para lo cual se conviene en que las reparaciones se llevarán a cabo a

partir del 1o de julio en el muelle de "a", a un costo de us$ 500,000. El 1o de junio "b" se entera que el muelle sólo estará disponible a partir del 1o de agosto. "b" resuelve el contrato y después de largas y costosas negociaciones celebra un contrato con "c", otro astillero de características idénticas al de "a", a un costo de us$ 700,000, "b" tiene derecho a ser indemnizado por "a" no sólo por la diferencia del precio de us$ 200,000, sino también por los gastos en que incurrió y la compensación por el período más prolongado durante el cual no podrá disponer del buque.

Artículo 7.4.6
(Prueba del daño por el precio corriente)

Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

Comentario

Cuantía del daño presunto sin operación de reemplazo.

El propósito de este artículo, que se corresponde sustancialmente con el art. 76 de cisg, es facilitar la prueba del daño cuando no hubo una operación de reemplazo, pero existe un precio corriente por la prestación contratada. En tales casos, se presume que el daño resarcible equivale a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de resolver el contrato.

Determinación del "precio corriente".

De acuerdo con el parágrafo (2), "precio corriente" es el que generalmente se cobra por mercaderías o servicios semejantes. El precio se determinará en comparación con el que se paga por bienes o servicios similares. Para probar el precio corriente se puede recurrir a organizaciones profesionales, cámaras de comercio, etc.

Para los fines de este artículo, el lugar pertinente para determinar el precio corriente es el del lugar donde el contrato debería haberse cumplido o, si no hubiese precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otra plaza que pueda ser razonablemente utilizada como referencia.

Resarcimientos ulteriores cubren el daño adicional.

La regla de que la parte perjudicada pueda recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución sólo establece un derecho mínimo al resarcimiento. La parte perjudicada también puede obtener el resarcimiento por cualquier daño adicional que hubiera sufrido como consecuencia de la resolución.

Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

Comentario

Contribución al daño de la parte perjudicada.

Conforme al principio general establecido en el art. 7.1.2, que limita los remedios de la parte perjudicada cuando el incumplimiento se deba en parte a su propia conducta, el presente artículo limita el derecho al resarcimiento en la medida en que la parte perjudicada haya contribuido parcialmente al daño, ya que sería injusto que dicha parte recibiera el resarcimiento íntegro por daños de los que ella misma es parcialmente responsable.

Modos de contribuir al daño causado.

La contribución de la parte perjudicada al daño puede consistir en su propia conducta o en un evento cuyo riesgo haya asumido. La conducta puede revestir la forma de un acto (v.gr. dar al transportista una dirección equivocada) o una omisión (v.gr. no haber dado al constructor de la maquinaria que resultó ser defec-

tuosa todas las instrucciones necesarias). Con frecuencia dichos actos u omisiones resultan de la falta de cumplimiento de la parte perjudicada de sus prestaciones u obligaciones contractuales. sin embargo, también podría provenir de su conducta negligente o de la falta de cumplimiento de otros contratos. los acontecimientos externos por los que la parte perjudicada asume el riesgo pueden consistir, entre otros eventos, en actos u omisiones de personas por quien la parte perjudicada debe responder, como sería el caso de dependientes o mandatarios.

Ejemplos

"a", Beneficiario de una franquicia otorgada por "b", que ha sido obtenida "en exclusividad" conforme al contrato, adquiere mercancías de "c" porque "b" le ha solicitado el pago inmediato, descuidando el hecho de que el contrato de franquicia otorga a "a" un plazo de 90 días para el pago, "b" reclama el pago de la pena estipulada por la violación de la cláusula de "exclusividad", "b" sólo podrá obtener una indemnización parcial, porque fue el mismo "b" quien provocó el incumplimiento de "a".

Durante un viaje en un lujoso crucero, "a", un pasajero, se lesiona porque uno de los ascensores no se detuvo en el piso pedido, "b", el naviero, es declarado responsable por las consecuencias del daño sufrido por "a". A su vez, "b" demanda a "c", la compañía encargada de inspeccionar el funcionamiento de los ascensores antes de que zarpara el crucero. En el curso del litigio, se prueba de que el accidente no se hubiera producido si el piso hubiera estado mejor iluminado. Como esto era responsabilidad de "b", "b" no puede obtener el resarcimiento íntegro de "c".

Distribución de la contribución al daño.

La conducta de la parte perjudicada, o los acontecimientos externos cuyo riesgo haya sido asumido por dicha parte, podrían haber hecho absolutamente imposible el cumplimiento. En el supuesto de que se hayan satisfecho los requisitos del art. 7.1.7 (fuerza mayor), la parte incumplidora queda totalmente exonerada de su responsabilidad.

De otro modo, la exoneración será parcial, dependiendo de la medida en que la parte perjudicada haya contribuido al daño. Puede que sea muy difícil aportar pruebas para determinar la contribución de cada una de las partes al daño sufrido. En algunos casos esto dependerá de un sano ejercicio de la discreción judicial. a fin de brindar una pauta a los tribunales, este artículo dispone que el

juez deberá tener en cuenta el comportamiento de las partes. Cuanto mayor sea la falta de una parte, mayor será su cuota de contribución al daño causado.

Ejemplos

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1. Como "b" fue el primero en dejar de cumplir los términos del contrato, a él se le atribuye que "a" dejara de cumplir con la cláusula de "exclusividad", "b" sólo podrá recobrar el 25% de la cuantía prevista en la cláusula penal.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 2. Como el incumplimiento de "b" y "c" parecen equivalentes, "b" sólo podrá recobrar de "c" el 50% de lo que ha pagado en concepto de indemnización en favor de "a".

Contribución al daño y su atenuación.

Este artículo debe interpretarse conjuntamente con el artículo siguiente que se refiere a la atenuación del daño (art. 7.4.8). mientras que el presente artículo trata de la conducta imputable a la parte perjudicada en relación con la causa que originó el daño sufrido en un comienzo, el art. 7.4.8 se refiere a la conducta posterior que observa o puede observar la parte perjudicada.

Artículo 7.4.8
(Atenuación del daño)

La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.
La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

Comentario

Deber de la parte perjudicada de mitigar el daño.

El propósito de este artículo es evitar que la parte perjudicada permanezca inactiva y aguarde pasivamente el resarcimiento del daño que pudo evitar o cuyas consecuencias pudo atenuar. Así, se establece que no será resarcido todo daño que la parte perjudicada pudo evitar adoptando medidas razonables.

Es evidente que si bien no se le puede exigir a una parte que ha sufrido las consecuencias del incumplimiento del contrato no se le puede exigir que, además, gaste tiempo y dinero, tampoco resulta sensato desde un punto de vista económico permitir el incremento de un perjuicio que pudo reducirse adoptando medidas razonables.
Las medidas que debe adoptar la parte perjudicada pueden destinarse a limitar la amplitud del daño, sobre todo cuando este puede prolongarse durante mucho tiempo de no adoptarse alguna medida apropiada, tal como una operación de reemplazo conforme al art. 7.4.5, o bien a evitar el incremento de un menoscabo inicial.

Ejemplos

El 2 de mayo "a" solicita a "b", una agencia de viajes, que reserve una habitación en un hotel de París para el día 1o de junio y a un costo de 500 francos franceses. El 15 de mayo, "a" se entera de que "b" no ha hecho reserva alguna. "a" espera hasta el 25 de mayo, fecha en que hace una nueva reserva y sólo puede encontrar una habitación a un costo de 700 francos. Si la reservación se hubiera hecho el 15 de mayo, el precio de la habitación hubiera sido de 600 francos, "a" sólo puede recobrar 100 francos de "b".
"a" Es una compañía a quien "b" le ha confiado la construcción de una fábrica. cuando la construcción estaba a punto de ser terminada, "a" suspende los trabajos de improviso, "b" busca otra compañía para que finalice la edificación, pero no toma la precaución de proteger la construcción realizada, que se deteriora por las inclemencias del tiempo, "b" no puede reclamar indemnización por los daños a la construcción derivados de las inclemencias del tiempo y la falta de protección.

Reembolso de gastos.

La reducción del resarcimiento en proporción a la omisión por la parte perjudicada de las medidas necesarias para evitar los daños, no deben sin embargo ocasionar mayores pérdidas a la parte perjudicada. Puede recuperar de la parte incumplidora los gastos efectuados para mitigar el daño, siempre que dichos gastos sean razonables conforme a las circunstancias (parágrafo (2)).

Ejemplos

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 2, con la diferencia de que "b" adopta las medidas para proteger las obras realizadas. El costo de dichas medi-

das deberá sumarse a la cuantía de la restitución adeudado por "a" por incumplimiento del contrato, con la condición que dichos gastos sean razonables. Si no lo fueran, habrán de ser reducidos.
Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, con la diferencia que "a" consigue una habitación en un hotel de lujo por 2,000 francos franceses, "a" sólo podrá recobrar los cien francos de diferencia respecto a la habitación que "a" podría haber obtenido por 600 francos.

Artículo 7.4.9
(Intereses por falta de pago de dinero)

Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.
El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del estado de la moneda de pago.
La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Comentario

Compensación de suma global por dejar de pagar una suma de dinero.

Este artículo confirma la regla ampliamente aceptada que el daño que resulta del retardo en el pago de una suma de dinero se encuentra sujeto a un régimen especial, calculándose en una suma global correspondiente a los intereses devengados entre el momento en que se hizo exigible el pago y el momento del pago efectivo.
Los intereses deben ser abonados siempre que el retardo en el pago se atribuya a la parte incumplidora y a partir del momento en que la deuda es exigible, sin ninguna necesidad de que la parte perjudicada notifique la falta de dicho pago.
Si el retardo es consecuencia de fuerza mayor (force majeure) (v.gr. si a la parte incumplidora le es imposible obtener la suma debida en razón de la entrada en

vigor de una nueva regulación de control de cambios), los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución, sino como compensación por el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago, ya el deudor continúa recibiendo intereses sobre la suma cuyo pago se encuentra imposibilitado de efectuar.

El daño es calculado en una suma global. En otras palabras, sujeto a lo dispuesto en el parágrafo (3) de este artículo, la parte perjudicada no tiene que probar que podría haber obtenido un mayor interés, ni tampoco la parte incumplidora que la parte perjudicada habría obtenido un interés menor que el promedio del tipo bancario a la que se refiere el parágrafo (2).

Las partes pueden, por supuesto, acordar con anticipación un tipo de interés diferente que se encontrará sujeto a lo dispuesto en el art. 7.4.13).

Tipo de interés.

El parágrafo (2) de este artículo fija como tipo de interés aplicable, en primer lugar, el tipo promedio bancario para operaciones de préstamo a corto plazo en favor de clientes calificados. Esta solución parece ser la que mejor responde a las necesidades del comercio internacional y también la más apropiada para asegurar una adecuada reparación del daño sufrido. El tipo en cuestión es aquél al que la parte perjudicada normalmente colocaría el dinero que ha dejado de percibir. Dicho tipo es el promedio que pagaría un banco por un préstamo a corto plazo a clientes calificados y que predominase para la moneda de pago en el lugar de pago.

Si no existe dicho tipo para la moneda de pago en el lugar de pago, se aplicará, en primer lugar, el tipo promedio de interés vigente en el estado de la moneda de pago. Por ejemplo, si se otorga un préstamo libras esterlinas pagadero en túnez, y no existe una tipo de interés para los préstamos en libras en el mercado financiero de túnez, se pagará el tipo de interés vigente en el reino unido.

En ausencia de dicho tipo en cualquiera de ambos lugares, el tipo de interés será el que se considere "apropiado" conforme a la ley del estado de la moneda de pago. En la mayoría de los casos será el tipo de interés legal, y si hubiera más de uno, se pagará el tipo de interés más apropiado para las operaciones internacionales. si no existe un tipo de interés legal, se aplicará el tipo de interés bancaria más apropiado.

Otros daños resarcibles.

El propósito del pago de intereses es reparar el daño normalmente ocasionado por el retardo en el pago de una suma de dinero. Dicho retardo puede, sin

embargo, causar un daño adicional a la parte perjudicada, por el que dicha parte puede reclamar el resarcimiento, siempre y cuando pueda probar dicho daño adicional y éste cumpla con los requisitos de certeza y previsibilidad (parágrafo (3)).

Ejemplo

"a" Celebra un contrato con "b", una compañía financiera especializada, para obtener un préstamo que le permitiría renovar su fábrica en Singapur. el préstamo menciona expresamente el destino de los fondos. El dinero prestado es transferido tres meses más tarde de lo convenido. Durante este tiempo, el costo de las obras se ha incrementado en un 10%. "a" tiene derecho para recuperar dicha suma adicional de "b".

Artículo 7.4.10
(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

Comentario

Este artículo determina el momento a partir del cual se devengan intereses sobre el resarcimiento en el caso de incumplimiento de obligaciones no dinerarias. En tales casos, el importe del resarcimiento no se habrá determinado en dinero al momento del incumplimiento. La liquidación sólo se hará después de ocurrido el perjuicio, ya sea en virtud de un convenio de las partes o por un tribunal.

El presente artículo fija el momento en el que acaece el perjuicio como punto de partida para que los intereses comiencen a devengarse. Esta solución es la que mejor se adapta a las necesidades del comercio internacional, cuyos participantes no acostumbran dejar su dinero ocioso. En efecto, el patrimonio de la parte perjudicada se ve disminuido a partir del momento de sufrir el daño, mientras que la parte incumplidora, durante el tiempo en que

la indemnización no es abonada, continúa disfrutando de los beneficios de los intereses de la suma que deberá pagar. Es justo por lo tanto que esta ganancia sea transferida a la parte perjudicada.

Sin embargo, al realizarse la estimación final del daño, se debe prestar atención al hecho de que la indemnización se concede a partir de la fecha en que éste tiene lugar, a fin de evitar una doble compensación que podría tener lugar, por ejemplo, en el caso que se deprecie el valor de la moneda.

Este artículo no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al derecho interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora.

Artículo 7.4.11
(Modalidad de la compensación monetaria)

El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.
El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

Comentario

Pago global o a plazos

Si bien este artículo no impone una forma determinada para el resarcimiento, se considera que el pago del resarcimiento en un solo momento es el que mejor se adecua a las necesidades del comercio internacional. pueden existir circunstancias, empero, en que el pago en cuotas resulte más apropiado a la naturaleza del daño, por ejemplo, cuando se trata de un daño continuado.

Ejemplo

"a", Un consultor, es contratado por "b" con la finalidad de vigilar las condiciones de seguridad de sus fábricas. "a" muere cuando viaja en helicóptero, en oportunidad de un viaje a una de las fábricas de "b". Se determina que "b" es responsable por el accidente. "a" deja dos hijos pequeños de doce y ocho años. Con el propósito de compensar la pérdida de mantenimiento de la familia de "a", puede asignarse una mensualidad a sus hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad.

"a", Un consultor en materia de seguridad, es contratado por "b" por un período de tres años. Su remuneración se fija en el 0.5% de la producción, "a" es despedido seis meses después sin causa justificada. Sería apropiado que "b" fuese obligado a pagar a "a" una suma mensual correspondiente al salario acordado hasta que "a" encuentre un nuevo trabajo, o bien por un período máximo de treinta meses.

Indexación

El parágrafo (2) de este artículo contempla la posibilidad de indexación del resarcimiento pagadero a plazos, a fin de eliminar el mecanismo complejo que implica la revisión de una sentencia para computar los efectos de la inflación. Sin embargo, la indexación puede estar prohibida por la ley del foro.

Ejemplo

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 1, las cantidades mensuales pueden ajustarse conforme al índice de incremento del costo de la vida donde viven los hijos de "a".

Artículo 7.4.12
(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Comentario

Como el daño resultante del incumplimiento de un contrato internacional puede aparecer en diferentes lugares, surge el problema de determinar la moneda en que habrá de fijarse el resarcimiento. La materia de la que se ocupa el presente artículo debe distinguirse del problema de la moneda en la que debe pagarse la indemnización por los daños y perjuicios a la que se refiere el art. 6.1.9.

Este artículo ofrece una opción entre la unidad monetaria en la que se expresa la obligación dineraria y aquella en la que se ha sufrido el daño,

debiendo optarse por la que resulte más apropiada conforme a las circunstancias del caso.

Mientras que la primera alternativa no exige ningún comentario en particular, en el segundo caso se debe tener en cuenta que la parte perjudicada puede incurrir en gastos en una moneda determinada para reparar el daño que ha sufrido. En tal caso, debería tener derecho a reclamar que el pago del resarcimiento sea realizado en la misma moneda, aun cuando no sea la moneda expresada en el contrato. Otra moneda que podría considerarse apropiada es aquella en el cual se hubieran percibido las ganancias.

La elección se deja a la parte perjudicada, siempre y cuando se respete el principio de la reparación integral.

Finalmente, en ausencia de una indicación en contrario, una parte tiene derecho a recibir el pago de los intereses, los perjuicios liquidados y las penas en la misma moneda que la expresada para el pago de la obligación principal.

Artículo 7.4.13
(Pago estipulado para el incumplimiento)

> Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.
>
> No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

Comentario

Definición del pago estipulado para el incumplimiento.

> Este artículo da una definición intencionadamente amplia de estipulaciones para pagar una suma específica en caso de incumplimiento, ya sea que dicha cláusula apunte a facilitar la restitución del resarcimiento (que en la tradición jurídica del common law se conoce como "liquidación del monto del resarcimiento") o bien la de disuadir el incumplimiento (cláusula penal propiamente dicha), o con ambos propósitos.

El pago estipulado para el incumplimiento es válido en principio.

Existen variaciones considerables entre los ordenamientos jurídicos internos con respecto a la validez de este tipo de cláusulas. Esta variedad incluye aquellos países de tradición continental romanista, que las convalidan con la posibilidad de revisarlas judicialmente en el supuesto de que sean particularmente onerosas, hasta aquellos países de la tradición jurídica del common law, que rechazan la validez de cláusulas específicamente orientadas a disuadir el incumplimiento (cláusulas penales).

Vista su frecuencia en la práctica contractual internacional, el parágrafo (1) de este artículo reconoce en principio la validez de toda cláusula que disponga la obligación de la parte incumplidora de pagar cierta suma de dinero a la parte perjudicada por dicho incumplimiento, encontrándose facultada esta última a reclamar dicha suma, independientemente del daño que haya efectivamente sufrido. La parte incumplidora no puede alegar que la parte perjudicada ha sufrido un daño menor o que no ha sufrido daño alguno.

Ejemplo

"a", Un ex-jugador internacional del Brasil, es contratado por tres años para entrenar a los jugadores de "b", un equipo de fútbol australiano, con una remuneración mensual de $10.000 dólares australianos. El contrato establece que en caso de despido injustificado, "a" deberá cobrar $200.000 dólares australianos. "a" es despedido sin motivo alguno a los seis meses, "a" tiene derecho a reclamar la suma acordada, aún en el caso de que haya sido inmediatamente contratado por otro equipo, percibiendo el doble del salario recibido de "b".

Generalmente, el incumplimiento debe ser imputable a la parte incumplidora, ya que es inconcebible que se deba pagar lo acordado en una cláusula penal cuando el incumplimiento es el resultado de una situación de fuerza mayor. Excepcionalmente, sin embargo, las partes pudieron haber pactado dicha cláusula con la intención de cubrir supuestos en que la parte incumplidora no sea responsable por el incumplimiento.

En caso de incumplimiento parcial, la suma puede reducirse proporcionalmente, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

La suma estipulada puede reducirse

Con el fin de evitar la posibilidad de abusos que pueden surgir con este tipo de cláusulas, el parágrafo (2) de este artículo permite la reducción de la suma

estipulada si fuera manifiestamente excesiva "con relación al daño que resulte del incumplimiento y a las demás circunstancias del caso". El mismo parágrafo (2) establece expresamente que las partes no pueden excluir la posibilidad de reducir el monto de la cláusula por ningún motivo.
La suma estipulada sólo podrá reducirse pero no descartarse totalmente, como sería el caso en que los jueces, a pesar de lo acordado por las partes, decidieran fijar la cuantía del perjuicio con relación precisa al daño sufrido. Tampoco puede incrementarse, al menos conforme a este artículo, cuando la suma pactada sea menor que el daño efectivamente sufrido (véase, sin embargo, el comentario 4 al art. 7.1.6). Más aún, es necesario que la suma estipulada sea "manifiestamente excesiva", esto es, que claramente así se perciba por cualquier persona razonable. La relación que existe entre la suma estipulada y el daño realmente sufrido habrá de ser atendida de un modo especial.

Ejemplo

"a" Celebra un contrato con "b" para la compra de maquinarias, cuyo pago se prevé en cuarenta y ocho mensualidades de 30,000 francos franceses cada una. Una cláusula del contrato habilita a "b" a resolver el contrato de inmediato en caso de que "a" deje de pagar una mensualidad, autorizando a "b" a quedarse con las sumas pagadas y reclamar los futuros abonos como resarcimiento. "a" deja de pagar la décimo primera mensualidad. "b" se queda con los 300,000 francos ya pagados y reclama el pago de 1,140,000 francos, que representan las treinta y ocho mensualidades restantes, además de la restitución de las maquinarias. El tribunal reducirá la suma estipulada, ya que de lo contrario "b" percibiría un lucro desmedido a consecuencia del incumplimiento de "a".

El pago estipulado para el incumplimiento debe distinguirse de multas, penas y otras cláusulas similares

El tipo de cláusulas a las que se refiere este artículo debe distinguirse de las multas, penas y otras cláusulas similares que permiten a una de las partes retirarse del contrato, ya sea pagando una suma o perdiendo depósitos realizados. Por otro lado, se incluye dentro del ámbito de aplicación de este artículo una cláusula en virtud de la cual una de las partes pueda retener sumas ya pagadas como parte del precio.

Ejemplos

"a" Se compromete a vender un inmueble a "b" por 900,000,000 liras italianas. "b" debe ejercer la opción a compra dentro de tres meses y debe pagar un depósito de 50,000,000 liras, que "a" tiene derecho a retener si b no ejercita su derecho de opción. Como no se trata de un pago estipulado en un contrato, esta cláusula no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo, y la suma no podrá reducirse aun si es manifiestamente desproporcionada en tales circunstancias.
"a" Contrata con "b" el arrendamiento de una maquinaria que pertenece a "b". el contrato prevé que en el supuesto de que "a" deje de pagar una sola mensualidad de alquiler, el contrato será resuelto y la suma ya pagada será retenida por "b" en concepto de indemnización por el daño sufrido. Esta cláusula sí se incluye dentro del ámbito de aplicación del presente artículo y la suma acordada podría estar sujeta a reducción.

Indice analítico

Las entradas se refieren a los comentarios que siguen a cada artículo, y el número entre corchetes al del comentario en cuestión.

Aceptación

Indicación de asentimiento, 2.6[1] mediante el comportamiento del aceptante, 2.6[2],2.6[4] silencio o conducta omisiva, 2.6[3] momento en que surte efecto la aceptación, 2.6[4] ofertas verbales, 2.7 plazo de, 2.7
Aceptación tardía, 2.9[2] debida a un retraso en la transmisión 2.9[3] plazo fijo, 1.7[1],2.8 días feriados, 1.10[2],2.8 que altera las condiciones de la oferta, 2.11[1]
Comparación con la confirmación que contiene elementos diferentes 2.12[1]
Modificaciones no sustanciales, 2.11[2] que constituye un rechazo y una contraoferta, 2.5[1], 2.11[2] retiro de la aceptación, 2.10 comparación con el retiro de la oferta, 2.10
Véase cláusulas del contrato, cláusulas estándar, confirmación escrita, contrato, oferta

Adaptación
Excesiva desproporción, 3.10[1] recurso al tribunal, 3.10[3] y pérdida del derecho de anulación, 3.10[3] excesiva onerosidad (hardship), 5.5[3], 6.2.2[3], 6.2.3[1] recurso al tribunal, 6.2.3[6] véase anulación, excesiva onerosidad (hardship), modificación del contrato

Ambito de aplicación de los principios
Véase principios de UNIDROIT

Amenazas
Véase intimidación

Anulación
Causa imputable a un tercero, 3.11 por el cual una parte no responde, 3.11[2] antes que la contraparte haya concluido el contrato, 3.11[2] por el cual una parte responde, 3.11[1] cláusulas particulares, 3.10[3], 3.15, 3.16 daños y perjuicios, 3.18[1] distintos a los producidos por incumplimiento, 3.18[2] efecto retroactivo, 3.17[1] puede ser reclamada la restitución, 3.17[2] supervivencia de ciertas cláusulas, 3.17[1] efectos frente a terceros que no son partes, 1.2[3] excluida de la confirmación del contrato, 3.12 notificación, 3.14[1] efectos al momento de su recepción, 3.14[3] forma y contenido, sin necesidad de requisito específico, 3.14[2] interpretación, 4.2[1], 4.4[1] plazos, 3.15 sin necesidad de intervención judicial, 3.14[1] véase adaptación, amenazas, dolo, excesiva desproporción, error

Aplicación de los principios
Véase principios de UNIDROIT

Arbitraje
Cláusulas contenidas en la aceptación,
2.11[2] en la confirmación, 2.12[1] en las cláusulas estándar, 2.19[2], 2.20[3] convención icsid, preámbulo [4] ley aplicable, preámbulo [4], preámbulo [6] reglas imperativas en virtud del, 1.4[3] requisitos formales con base al, 1.2[2] ley modelo de la cnudmi, preámbulo [4]

Principios de UNIDROIT

Oportunidad de adoptarlos, preámbulo [4] supervivencia de la cláusula de arbitraje, 3.17[1] tribunales arbitrales, 1.10[1] véase principios de UNIDROIT

Autonomía de las partes
Véase contrato

Buena fe
criterios para integrar términos omisos, 4.8[3] como la determinación del precio, 5.7[1] deber de cooperación, 5.3, 6.1.6[3], 6.2.3[5], 7.1.2[1] en el comercio internacional, 1.7[2] obligaciones implícitas, 5.1, 5.2, 6.2.3[5] principio general de base, 1.6[3], 1.7[1] carácter imperativo, 1.5[3], 1.7[3] véase deber de confidencialidad, negociaciones, obligaciones

Causa
no necesaria, 3..2[2], 3.3 libertad de las partes de introducirla, 3.19
Véase contrato, modificación del contrato, resolución

Celebración del contrato
Véase formación del contrato

Cláusula penal
Véase pago estipulado en el contrato

Cláusulas contractuales
abusivas, 7.16[1] anulación de ciertas cláusulas, 3.10[3], 3.15, 3.16 deliberadamente abiertas, 2.14[1] a determinar por un tercero, 2.14[1], 2.14[2] efectos de la falta de determinación, 2.14[3] y validez del contrato, 2.14[2] insistencia sobre cuestiones específicas, 2.13[1]
Integración del contrato, 4.8[1] criterios para integrar términos omisos, 4.8[3] diferente de la interpretación de las cláusulas contractuales, 4.8[1] mediante los principios de UNIDROIT, 4.8[2] obligaciones implícitas, 5.1 fuentes, 5.2
véase cláusulas estándar, interpretación de declaraciones y otras conductas, interpretación del contrato, obligaciones, precio

Cláusulas de exoneración
Definición, 7.1.6.[2]
Comparación con el pago estipulado para el incumplimiento, 7.1.6[4], 7.1.6[6] distinción con las cláusulas de cancelación, 7.1.6[3]
Limitan o excluyen la responsabilidad por incumplimiento, 7.1.6[2], 7.4.1[1]
Necesidad de una regla especial, 7.1.6[1] validez, 7.1.6[1], 7.1.6[5] el tribunal no puede modificarlas, 7.1.6[6] el tribunal puede ignorarlas, 7.1.6[1] manifiestamente injustas, 7.1.6[1], 7.1.6[5] aplicación de la reparación integral, 7.1.6[6]

Cláusulas de integración
Contenidas en cláusulas estándar, 2.21 definición, 2.17 véase negociación

Cláusulas estándar
carácter obligatorio, 2.19[3], 2.20[1] por aceptación expresa, 1.5[2], 2.19[3], 2.20[1], 2.20[4] por incorporación implícita, 2.19[3] contradicción, 2.22[2] definición, 2.22[1] doctrina del "knock-out", 2.22[3] doctrina del "ultimo disparo", 2.22[2] definición, 2.19[2]

Indice analítico

Estipulaciones sorpresivas, 2.20[1] aceptación expresa, 2.20[2] en virtud de su contenido, 2.20[2] por su terminología, 2.20[3], interpretación, 4.1[4], 4.6
Véase cláusulas contractuales, cláusulas de integración, excesiva desproporción, interpretación del contrato, negociación, prácticas, usos

Cláusulas relativas a la modificación por escrito
actuación en consecuencia de una modificación o extinción verbal a pesar de, 2.18 ,contenida en una cláusula estándar, 2.21 definición, 2.18

Comerciantes
Los principios de UNIDROIT no exigen que las partes sean comerciantes, preámbulo [2]

Condiciones de la autorización pública
Autorización denegada, 6.1.17[1] que afecta a la validez del contrato, 6.1.14[1], 6.1.17[2], 7.2.2[3] que afecta al cumplimiento del contrato, 6.1.14[1], 7.2.2[3] aplicación de las reglas sobre incumplimiento, 6.1.17[2], 7.2.3[2] deber de informar sobre la necesidad de, 6.1.14[2] definición, 6.1.14[1] determinación de la, 6.1.14[1] en virtud del derecho internacional privado, 6.1.14[1], 6.1.14[2] ni otorgada ni denegada, 6.1.16[1] cualquiera de las partes puede resolver el contrato, 6.1.16[1], 6.1.16[2] que afecta a algunas cláusulas, 6.1.16[3] solicitud de autorización pública, 6.1.14 gastos, 6.1.15[2] momento de la solicitud, 6.1.15[1] notificación del resultado, 6.1.15[3], 6.1.15[4] falta de notificación, 6.1.15[5] obligación de emplear los mejores esfuerzos, 6.1.14[4] parte obligada a exigirla, 1.10[2], 6.1.14[2] véase derecho internacional privado, principios de UNIDROIT

Confirmación por escrito
Definición, 2.12[1] elementos diferentes del contrato, 2.12[1] comparación con la aceptación de elementos diferentes, 2.12[1] modificaciones no sustanciales, 2.12[1] mediante facturas, 2.12[3] plazo de envío, 2.12[2] véase aceptación

Consideration
no necesaria, 3.2[1] libertad de las partes de incluirla, 3.19
véase contrato, modificación del contrato, resolución

contrato
carácter obligatorio, 1.3[1], 6.2.[1] excepciones, 1.3[2] frente a terceros, 1.3[1] con cláusulas estándar, 2.19[1]divisible, 7.3.6[3]libertad de contratación, 1.1[1] como principio fundamental del comercio internacional, 1.1[1] aplicado a las negociaciones, 2.15[1] aplicado a los usos, 1.8[3] limitaciones, 1.1[2], 1.1[3] y cláusulas de exoneración, 7.1.6[5] libertad de forma, 1.2[1] excepción en virtud del derecho aplicable, 1.2[2] requisitos acordados por las partes, 1.2[3] pacta sunt servanda, 1.3[1], 1.3[2]

Principios de UNIDROIT

Validez del mero acuerdo, 1.3[1], 2.2[1], 3.2 causa no necesaria, 3.2[2] consideration no necesaria, 3.2[1] exclusión de los contratos reales, 3.2[3] la determinación posterior de un término no es causa de invalidez, 2.14[2]

Cumplimiento
Anticipado, 6.1.5[1] aceptación del, 6.1.5[3], 6.1.5[4] depende de un interés legítimo, 6.1.5[2] gastos adicionales debidos al, 6.1.5[4] rechazo del, 6.1.5[1] calidad de la prestación debida, 5.6 calidad media, 5.6[1] calidad razonable, 5.6[2] cumplimiento tardío, 7.1.5[1] daños y perjuicios, 7.1.5[2], 7.4.1[2] gastos del, 6.1.11 lugar del, 6.1.6[1] cambio de establecimiento, 6.1.6[3] de una obligación dineraria, 6.1.6[2] de una obligación no pecuniaria, 6.1.6[2] transferencia de fondos, 6.1.8[1] momento del, 6.1.1 cumplimiento anticipado y las obligaciones del acreedor, 6.15[3] cumplimiento en etapas, 6.1.2 parcial, 6.1.3[1] aceptación del, 6.1.3[2], 6.1.3[4] distinción con el cumplimiento por etapas, 6.1.3[1] gastos adicionales ocasionados por el, 6.1.3[4] rechazo del, 6.1.3[2] depende de un interés legítimo, 6.1.3[3] prestación retrasada, 7.3.2[2] secuencia en el, 6.1.4 cumplimiento simultáneo, 6.1.4[1] la prestación de una parte

requiere un plazo, 6.1.4[2] relación con la suspensión, 6.1.4[3], 7.1.3 suspensión del, 7.1.3 depende de las garantías, 7.3.4[2] véase condiciones de autorización pública, derecho al cumplimiento, excesiva onerosidad (hardship), garantías, imputación, incumplimiento, obligaciones, pago, período suplementario para el cumplimiento

Cumplimiento específico
Véase derecho al cumplimiento

Deber de confidencialidad
Exigido por la buena fe, 2.16[2] indemnización de daños y perjuicios, 2.16[3], 7.4.1[3] no existe como un deber general, 2.16[1]

Deber de cooperación
Véase obligaciones

Declaraciones unilaterales
Invalidez, 3.20 véase interpretación de declaraciones y otras conductas, notificación

Definiciones
Véase principios de UNIDROIT

Derecho al cumplimiento
Incumplimiento de una obligación dineraria, 7.2.1 excepciones, 7.2.1 incumplimiento de una obligación no pecuniaria, 7.2.2[1] cambio de remedio, 7.2.5[1] deudor incapaz de cumplir sus obligaciones, 7.2.5[2] ejecución forzosa imposible, 7.2.5[3] daños y perjuicios compatibles con, 7.4.1[2] excepciones al derecho al cumplimiento, 7.1.1,7.2.2[3] excesiva onerosidad (hardship), 7.2.2[3] imposibilidad, 7.2.2[3] incumplimiento excusable, 7.1.1, 7.3.1[1]

Indice analítico

Naturaleza exclusivamente personal del cumplimiento, 7.2.2[3] otorgamiento de un período suplementario para el cumplimiento, 7.1.5[2] posibilidad de operación de reemplazo, 7.2.2[3] prestación no discrecional, 7.2.2[2] prestación defectuosa, 7.2.3[1] reparación y reemplazo, 7.2.3[2] restricciones, 7.2.3[3] véase operación de reemplazo

Derecho internacional privado
Condiciones de autorización pública determinadas en virtud de, 6.1.14[1] ley aplicable al contrato y, preámbulo [4] reglas imperativas determinadas en virtud del, 1.4[4] véase condiciones de autorización pública, derecho interno, principios de UNIDROIT, reglas imperativas

Derecho interno
Cuestiones reguladas por, 1.2[2], 1.3.[3], 1.6[4], 2.16[2], 3.1, 3.17[1], 6.1.9[2], 6.1.14[1], 7.2.4[3], 7.2.4[5], 7.2.4[7], 7.3.6[5], 7.4.10, 7.4.11[2] véase reglas imperativas

Desacuerdo sobre las cláusulas estándar
Véase cláusulas estándar

Dolo
Adaptación por causa de, 3.13[1] anulación por causa de, 3.8[1], 3.8[2] plazo de notificación, 3.15 definición, 3.8[1], 3.8[2] distinción con el error, 3.8[1], 3.8[2], 3.13[1] disposiciones de carácter imperativo, 3.19 imputable a un tercero, 3.11 por el cual una parte no responde, 3.11[2] por el cual una parte responde, 3.11[1] resarcimiento, 7.4.1[3]

Elección de la ley aplicable
Posibilidad de subsistir al contrato, 3.17[1] véase principios UNIDROIT

Error
Anulación por causa de, 3.5 condiciones relativas a la contra-parte de quien incurrió en error, 3.5[2] condiciones relativas a la parte que incurrió en error, 3.5[1] el error debe ser grave, 3.5[1] plazo de notificación, 3.15 resarcimiento y responsabilidad precontractual, 7.4.1[3]carácter no imperativo de las disposiciones relativas al, 1.5[3], 3.19 definición, 3.4[1] error de hecho y error de derecho, 3.4[1] distinción con el dolo, 3.8[2], 3.13[1] distinción con el incumplimiento, 3.4[2], 3.7[1] preferencia por los derechos y acciones por incumplimiento, 3.7[1], 3.7[2] en la expresión o en la transmisión, 1.9[3], 3.6[1] imputable a un tercero, 3.11[1], 3.11[2], 5.7[3] pérdida del derecho a la anulación, 3.13[3] extinción del derecho de anulación, 3.10[3], 3.13[3] la decisión debe ser inmediata, 3.13[2] no excluye daños y perjuicios, 3.13[4]

Escrito
Definición, 1.10[4]

Excesiva desproporción
Adaptación por causa de, 3.10[1] anulación por causa de, 3.10[1], 7.1.6[1] carácter imperativo de las disposiciones, 3.19

Principios de UNIDROIT

Plazo de notificación, 3.15 precio excesivo, 3.10[2] ventaja injustificada, 3.10[2] distinción con la excesiva onerosidad (hardship), 3.10[1] imputable a tercero, 3.11 por el que una parte no responde, 3.11[2] por el que una parte responde, 3.11[1] resarcimiento y responsabilidad precontractual, 7.4.1[3]

Excesiva onerosidad (hardship)
Carácter excepcional de la, 6.2.3[4] definición, 6.2.2 en la práctica contractual, 5.5[3], 6.2.2[7] distinción con la excesiva desproporción, 3.10[1] distinción con la fuerza mayor, 6.2.2[6], 7.1.7[4] distinción con la resolución del contrato de tiempo indefinido, 5.8 efectos de la, 6.2.3, 7.2.2[3], 7.4[1] renegociación, 6.2.3[1] buena fe, 6.2.3[5] recurso ante tribunal por falta de acuerdo, 6.2.3[6] medidas que el tribunal puede tomar, 6.2.3[7] solicitud de, 6.2.3[2], 6.2.3[3] suspensión del cumplimiento, 6.2.3[4] véase fuerza mayor, precio

Formación del contrato
Modo de, 2.1 por aceptación de una oferta, 2.1[1] por conducta que demuestra el acuerdo, 2.1[2] perfeccionamento del contrato condicionada a, 2.13 un acuerdo sobre cuestiones específicas, 2.13[1] un acuerdo sobre cuestiones formales, 2.13[2] términos deliberadamente abiertos, 2.14

Frustration of purpose
Véase excesiva onerosidad (hardship)

Garantías
Cumplimiento parcial, 6.1.3[2]
Derecho a exigir, 7.3.4[1] resolución, 7.3.4[3] suspender el cumplimiento, 7.3.4[2] fianza o garantía de un tercero, 7.3.4[2]

Imposibilidad
Véase condiciones de autorización pública, excesiva onerosidad (hardship), fuerza mayor, imposibilidad inicial, interferencia de la otra parte, pago, prestaciones

Imposibilidad inicial
Ausencia de legitimación, 3.3[2] distinción con la falta de capacidad, 3.3[2] cumplimiento imposible desde el inicio, 3.3[1], 3.5[2] el objeto no debe ser posible, 3.3[1] la validez del contrato no es afectada por la, 3.3[1], 3.3[2], 7.2.2[3] aplicación de las reglas relativas al incumplimiento, 3.3[1], 3.3[2] carácter no imperativo de la disposición, 1.5[3], 3.19
Véase condiciones de autorización pública, excesiva onerosidad (hardship), fuerza mayor

Imprevisión
Véase excesiva onerosidad (hardship)

Imputación
De obligaciones no dinerarias, 6.1.13 de pagos, 6.1.12

Incumplimento
Anticipado, 1.9[3], 7.3.3 definición, 7.1.1 de la obligación de emplear los mejores esfuerzos, 5.4[2] distinción con la obligación de resultado no alcanzado, 5.4[2]

Indice analítico

Derivado de un cumplimiento anticipado, 6.1.5[1], 6.1.5[4] derivado de un cumplimiento parcial, 6.1.3[2], 6.1.3[4] distinción con el error, 3.4[2], 3.7[1] preferencia por los derechos y acciones por incumplimiento, 3.7[1], 3.7[2] esencial, 7.1.5[2], 7.1.7[2], 7.3.1[2], 7.3.3, 7.3.4 circunstancias que lo determinan, 7.3.1[3] exoneración en caso de, 7.1.1, 7.4.1[1] cláusula de exoneración, 7.4.1[1] fuerza mayor, 5.4[2], 7.1.7[2], 7.4.1[1], 7.4.7[3], 7.4.9[1], 7.4.13[2] interferencia de la otra parte, 7.1.2[1], 7.1.2[2] suspensión del cumplimiento, 7.1.3 véase derecho al cumplimiento, fuerza mayor, garantías, interferencia de la otra parte, operación de reemplazo, pago estipulado para el incumplimiento, remedios, reparación y reemplazo, resarcimiento del daño, resolución, subsanación del incumplimento.

Inexistencia relativa a la modificación oral
Véase cláusulas relativas a la modificación por escrito

Integración de los principios
Véase principios de UNIDROIT

Intereses
Falta de pago, 7.4.9[1] a contar desde el vencimiento del pago, 7.4.9[1] otros daños resarcibles, 7.4.9[3] tipo de interés, 7.4.9[2] sobre la restitución, 7.4.10 devengan desde el momento del incumplimiento, 7.4.10 intereses compuestos, 7.4.10 véase pago estipulado para el incumplimiento, resarcimiento del daño

Interferencia de la otra parte
Cumplimiento imposible por la, 7.1.2[1], 7.4.7[3] impedimento parcial, 7.1.2[1], 7.4.7[3] excusable en caso de incumplimiento e sus obligaciones, 7.1.1 incumplimiento debido a un acontecimiento del cual la otra parte asume el riesgo, 7.1.2[2] incumplimiento debido a un hecho u omisión de la otra parte, 7.1.2[1] la otra parte no puede resolver el contrato, 7.1.2[1] véase resarcimiento del daño.

Interpretación de declaraciones y otras conductas
Aplicación por analogía de las reglas relativas a la interpretación del contrato, 4.2[1] consideración de las circunstancias pertinentes, 4.2[2] criterio de razonabilidad, 4.2[1] interpretación en función del contrato en su conjunto, 4.4[1] primacía de la intención de las partes, 4.2[1] circunstancias pertinentes, 4.3[1] en la aplicación del criterio de razonabilidad, 4.3[2] en la aplicación del criterio subjetivo, 4.3[2] véase declaraciones unilaterales, interpretación del contrato, notificación

Interpretación del contrato
Circunstancias pertinentes para la, 4.3[1] en la aplicación del criterio de razonabilidad, 4.3[2] en la aplicación del criterio subjetivo, 4.3[2] determinación de la naturaleza de la obligación, 5.5[1] discrepancias lingüísticas, 4.7 distinción con la interpretación de los principios de UNIDROIT, 1.6[1] reglas hermenéuticas, 4.1, 4.3

Principios de UNIDROIT

Consideración de las circunstancias pertinentes, 4.1[3] dando efecto a todas las disposiciones, 4.5 primacía de la intención común de las partes, 3.5 1], 4.1[1] referencia al contrato en su conjunto, 4.4[1] inexistencia de jerarquía entre los

elementos del contrato, 4.1[3] referencia a lo que entiende una persona razonable, 4.1[2] regla contra proferentem, 4.6 véase cláusula del contrato, cláusulas estándar, interpretación de declaraciones y otras conductas, negociaciones, obligaciones, prácticas, precio, usos

Intimidación
Adaptación del contrato por causa de, 3.13[1] amenazas a la reputación o a los intereses económicos, 3.9[3] anulación del contrato por causa de, 3.9, 3.13[1]condiciones, 3.9[1], 3.9[2]plazo de notificación, 3.15carácter imperativo, 3.19 imputable a tercero, 3.11 por el cual una parte no responde, 3.11[2] por el cual una parte responde, 3.11[1] resarcimiento por, 7.4.1[3] véase amenazas

Lex mercatoria
Véase principios de UNIDROIT

Libertad contractual
Véase contrato

Liquidación del resarcimiento
Véase pago estipulado para el cumplimiento

Medidas cautelares
Véase pena judicial

Modificación del contrato
Ningún requisito de forma, 1.2[1] excepciones en virtud de la ley aplicable, 1.2[2] salvo acordados por las partes, 1.2[3] por acuerdo de las partes, 1.3[2], 3.2 causa no necesaria, 3.2[2] consideration no necesaria, 3.2[1].
Véase cláusulas relativas a la modificación por escrito

Negociaciones
Buena fe en las, 1.7[1], 2.15[2], 5.2, 6.1.14[2] responsabilidad por negociar de mala fe, 2.15[2], 2.15[3] cláusulas estándar y, 2.19[2], 2.20[2] preponderancia de las cláusulas no estándar, 2.21 contrato condicionado a un acuerdo sobre el fondo, 2.13[1] contrato condicionado a un acuerdo sobre la forma, 2.13[2] deber de confidencialidad, 2.16[2] en caso de reemplazo, 7.4.5[2] interferencia de un tercero en las, 2.11.[1], 3.11[2] interpretación del contrato y, 4.3[2], 4.6 cláusulas de integración, 2.17, 4.3[3] incorporación de términos omisos, 4.8[3]

libertad de, 2.15[1] ruptura de, 2.15[3] términos deliberadamente abiertos, 2.14 véase excesiva onerosidad (hardship)

Notificación
Definición, 1.9[1]
Efectiva desde la recepción, 1.9[2] definición de "llega", 1.9[4] el principio de expedición debe ser expresamente estipulado, 1.9[3] interpretación de la, 4.2[1] ningún requisito de forma, 1.9[1] véase aceptación, anulación, condiciones de autorización pública, dolo, error, fuerza mayor, período suplementario para el

Cumplimiento, resarcimiento del daño, remedios, resolución, subsanación del incumplimiento,

Obligaciones
calidad de la prestación, 5.6 calidad media, 5.6[1] calidad razonable, 5.6[2] deber de atenuar el daño, 5.3, 7.4.5[1], 7.4.8[1] deber de colaboración, 5.3 subsanación del incumplimiento y, 7.1.4[10] de emplear los mejores esfuerzos o de resultado, 5.4[1], 7.4.1[1] criterios para determinar el cumplimiento, 5.4[2], 7.4.1[1] criterios para determinar la naturaleza de la obligación, 5.5[1] expresiones en el contrato, 5.5[2] grado de riesgo asumido, 5.5[4] influencia del acreedor en el cumplimiento de la obligación, 5.5[5] precio y otros elementos como indicios, 5.5[3] implícitas, 5.1 fuentes, 5.2
Véase buena fe, cláusulas del contrato, deber de confidencialidad, interpretación del contrato, prácticas, resarcimiento de daño, usos

Oferta
definición, 2.2 intención de quedar obligado, 2.2[2] suficiente precisión, 2.2[1] efectos desde la recepción, 2.3[1] irrevocable, 2.4[2] el rechazo la extingue, 2.5[1] buena fe y, 2.4[2] indicación de irrevocabilidad, 2.4[2] retiro de la oferta, 2.3[2] rechazo de la, 2.5[1] extingue la oferta, 2.5[1] puede ser tácita, 2.5[1] retiro de la, 2.3[2] comparación con el retiro de la aceptación, 2.10 distinción con la revocación,
2.3[2] revocación de la, 2.4 véase aceptación, cláusulas del contrato, cláusulas estándar, confirmación por escrito, contrato, negociaciones, precio.

Omisiones
Véase cláusulas del contrato

Operación de reemplazo
Posibilidad de excluir el cumplimiento específico, 7.2.2[3] requerida por el deber de atenuar el daño, 7.4.5[1], 7.4.8[1] requerida por los usos, 7.2.1, 7.4.5[1] resarcimiento del daño sobre la base del, 7.2.2[3], 7.4[1] incluye el daño adicional, 7.4.5[2]

Pacta sunt servanda
Véase contrato

Pago
En la entrega, 6.1.4[1] en etapas, 6.1.4[2] forma del, 6.1.7 cheque u otro instrumento, 6.1.7[1] efectividad del pago como condición para su aceptación, 6.1.7[2] transferencia, 6.1.8[2] efectos desde la, 6.1.8[2] inmediato, 1.7[1] lugar del, 1.6[4], 6.1.6[2], 6.1.7[1], 6.1.8[1], 6.1.9[1], 6.1.10 moneda de pago, 6.1.9 cláusula de numerario, 6.1.9[1], 6.1.9[2] distinta a la del lugar de pago, 6.1.9[1] imposibilidad de efectuar el pago en la, 6.1.9[2] no especificada, 6.1.10 reglas imperativas en materia de, 6.1.9[2], 6.1.14[1] tipo de cambio aplicable al, 6.1.9[3] véase derecho al cumplimiento, imputación

Principios de UNIDROIT

Pago estipulado para el incumplimiento
Cláusulas penales, 6.1.16[3], 6.1.17[2], 7.1.6[4], 7.4.13[1], 7.4.13[2] como indicios sobre la naturaleza de la obligación, 5.5[3] definición, 7.4.13[1] comparación con las cláusulas de exoneración, 7.1.6[4], 7.1.6[6] distinción con las penas judiciales, 7.2.4[4] distinción con las multas, 7.4.13[4] fuerza mayor y, 7.4.13[2] liquidación del resarcimiento, 6.1.13, 7.4.13[1] moneda del, 7.4.12 validez del, 7.4.13[2] manifiestamente excesiva, 7.4.13[3] véase resarcimiento del daño, incumplimiento

Pena judicial
Beneficiario, 7.2.4[3]cuando es apropiada, 7.2.4[2]disposiciones imperativas del derecho

del foro y, 7.2.4[3] distinción con los daños y perjuicios y con el pago estipulado por falta de cumplimiento, 7.2.4[4] ejecución en otros países, 7.2.4[7] forma y procedimiento, 7.2.4[5] véase derecho al cumplimiento

Perfeccionamiento
Véase formación del contrato

Período suplementario para el cumplimiento
Concesión de un, 7.1.5[1] efectos del otorgamiento de un período suplementario para el cumplimiento, 7.1.5[2], 7.4.1[2] terminación del contrato después del, 7.1.5[2]

Posición negociadora desigual
Véase excesiva desproporción

Prácticas
Circunstancias relevantes para la interpretación, 4.3[2] cláusulas estándar y usos, 2.19[3] dolosas, 3.8[2] fuente de obligaciones implícitas, 5.2 fuerza obligatoria de las, 1.8[1] establecimiento de una práctica particular, 1.8[2] exclusión de una práctica particular, 1.8[2] medios para cubrir la imprecisión en la oferta, 2.2[1] modo de aceptación y, 2.6[3], 2.6[4] prácticas restrictivas del comercio, 1.4[3], 2.16[2], 3.10[2] prevalecen sobre los principios de unidroit, 1.8[6] véase usos.

Precio
Determinación del, 5.7[1] por referencia a factores externos, 5.7[4] por una de las partes, 5.7[2] por un tercero, 5.7[3] precio razonable, 5.7[1] recurso a otras disposiciones de los principios de unidroit, 5.7[1] soluciones inapropiadas de los principios de unidroit, 4.8[2] indicación sobre la naturaleza de una obligación, 5.5[3] modificaciones en la aceptación, 2.11[2] renegociación, 6.2.3[1] adaptación, 6.2.3[7] cláusula de indexación del precio, 6.2.3[1] véase pago

Principio de expedición
Véase notificación

Principio de recepción
Véase comunicación

Principios
Véase principios de UNIDROIT

Indice analítico

Principios de UNIDROIT

Aplicación de los, preámbulo como modelo a legisladores, preámbulo [7] como sustitución del derecho nacional aplicable, preámbulo [5]
considerados como conjunto de reglas aplicables al contrato, preámbulo [4]
aplicados como "lex mercatoria", preámbulo [4] combinados con un acuerdo de arbitraje, preámbulo [4] para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales, preámbulo [6] campo de aplicación de los, preámbulo aplicación de los principios a un contrato nacional, preámbulo [3] contratos internacionales, preámbulo [1] contratos mercantiles, preámbulo [2] cuestiones no mencionadas expresamente en los, 1.6[4] contratos reales, 3.2[3] derechos de los terceros en caso de restitución, 7.3.6[5] determinación de las normas imperativas aplicables, 1.4[4] determinación de las requisitos de autorización pública, 6.1.14[1] falta de capacidad, 3.1, 3.3[2] falta de legitimación, 3.1 inmoralidad o ilegalidad, 3.1 operaciones de consumo, preámbulo [2] definiciones, 1.10 contrato mercantil, preámbulo [2] contratos internacionales,
preámbulo [1]deudor-acreedor, 1.10[3]escrito, 1.10[4]establecimiento, 1.10[2]tribunal, 1.10[1]
Exclusión o modificación de los, 1.5[1] disposiciones imperativas, 1.1[3], 1.5[3], 1.7[3], 1.8[6], 3.19, 5.7[2], 7.1.6, 7.4.13 tácita, 1.5[2] integración de los, 1.6[4] por analogía con otras disposiciones, 1.6[4] por referencia a los principios generales en que se inspiran, 1.6[4] por referencia a un derecho nacional determinado, 1.6[4] interpretación de los, 1.6[1] distinción con la interpretación del contrato, 1.6[1] referencia al carácter internacional, 1.6[2] referencia a su finalidad, 1.6[3] los usos prevalecen sobre los, 1.8[6] primacía de las reglas imperativas, 1.1[3], 1.3[1], 1.4[1] cuando los principios rigen el contrato, preámbulo [3], preámbulo [4], 1.4[3] cuando los principios son incorporados al contrato, 1.4[2] principios generales en que se inspiran, 1.6[4] ausencia de requisitos en cuanto a la forma, 1.2[1], 1.9[1] buena fe, 1.7[1] carácter razonable, 4.1[2], 4.1[4], 4.2[2], 4.3[2], 4.8[3], 5.2, 5.6[2], 5.7[1] libertad de contratación, 1.1[1], 1.5[1] pacta sunt servanda, 1.3[1] reparación integral, 7.1.1, 7.4.2[1] véase arbitraje, derecho internacional privado

Regla contra proferentem
Véase interpretación del contrato

Reglas imperativas
determinación de las, 1.4[4] ejemplos de, 1.1[3], 1.2[2], 2.16[2], 6.1.9[2], 6.1.14[1], 7.2.4[3], 7.2.4[5], 7.2.4[7] primacía sobre los principios de unidroit, 1.1[3], 1.4[1] cuando los principios rigen el contrato, preámbulo [3], preámbulo [4], 1.4[3] cuando los principios son incorporados al contrato, 1.4[2]

Principios de UNIDROIT

Reglas relativas a la protección de los consumidores, preámbulo [2]

Remedios
Acumulación de, 7.1.1, 7.4.1[2] cambio de, 7.2.5[1], 7.2.5[2] mandato judicial no factible de ejecución forzosa, 7.2.5[3] notificación, 7.2.5[4] plazo, 7.2.5[4] en caso de cumplimiento anticipado, 6.1.5[4] en caso de cumplimiento parcial, 6.1.3[2], 6.1.3[4] en caso de imposibilidad, 7.2.2[3] en caso de imposibilidad de pagar en la moneda acordada, 6.1.9[2] en caso de incumplimiento, 3.4[2], 3.7[1], 3.7[2] distinción respecto al error, 3.4[2] preferencia sobre los derechos y acciones por error, 3.7[1], 3.7[2] en caso de no obtención de una autorización pública, 6.1.16[2] en caso de notificación de la subsanación, 7.1.4[7] en caso de violación del deber de confidencialidad, 2.16[3] la contribución al daño de la parte perjudicada limita las, 7.4.7[1] suspensión del cumplimiento, 7.1.3, 7.1.4[7], 7.1.5 véase adaptación, anulación, derecho al cumplimiento, operación de reemplazo, período suplementario para el cumplimiento, reparación y reemplazo, resarcimiento del daño, resolución, restitución, subsanación del incumplimiento

Reparación y reemplazo
En caso de prestación defectuosa, 7.2.3[2] esfuerzo o gastos no razonables, 7.2.3[3] modos de, 7.1.4[6]

Requisitos de forma
Acordados por las partes, 1.2[3], 2.13[2] cláusulas de integración, 2.17 cláusulas relativa a la modificación por escrito, 2.18 libertad de forma, 1.2[1] en relación con la notificación, 1.9[1] excepciones en virtud del derecho aplicable, 1.2[2]

Resarcimiento del daño
Adaptación, 3.13[4] anulación, 3.18[1] distinción con daños y perjuicios por incumplimiento, 3.18[2] atenuar, deber de, 5.3, 7.4.5[1], 7.4.8[1] operación de reemplazo, 7.4.5[1], 7.4.8[1] reembolso de gastos, 7.4.8[2] causalidad del daño, 7.4.3[3] compatible con otros remedios, 7.1.1, 7.4.1[2] daño inmaterial, 7.4.2[5] determinación, 7.4.3[2] el tribunal determina la forma de reparación, 7.4.2[5] derecho al, 7.4[1] consecuencia del incumplimiento, 7.4.1[1], 7.4.3[3] excepto cuando sea excusable, 7.4.1[1] irrelevancia de la culpa, 7.4.1[1] no distingue entre obligaciones principales y accesorias, 7.4.1[1] el daño debe ser cierto, 7.4.3[1] el daño debe ser previsible, 7.4.4 reparación integral, 7.4.2[1] el tribunal no puede reducirla, 7.4.2[2] incompatible con la notificación de la subsanación del incumplimiento, 7.1.4[7] interés negativo, 2.15[2] modalidad de la compensación monetaria, 7.4.11[1]indexación, 7.4.11[2]intereses sobre el resarcimiento, 7.4.10 moneda en la que se fija el resarcimiento, 7.4.12 por daños sufridos, 7.4.2[2]

Indice analítico

Basado en el precio corriente, 7.4.6[1] determinación, 7.4.6[2] basado en el precio de la operación de reemplazo, 7.2.2[3], 7.4.5[1] pérdida de volumen, 7.4.5[1] falta de pago, 7.4.9[1] no se requiere notificación, 7.4.9[1] tipo de interés, 7.4.9[2] por la pérdida de ganancias futuras, 7.4.2[2] pérdida consecuencial o lucro cesante, 7.4.2[2] pérdida de una expectativa, 7.4.2[2] evaluación, 7.4.3[1], 7.4.3[2] por violación del deber de confidencialidad, 2.16[3] reducción del, 7.4.2[3] por contribución al daño, 7.4.7[1] definición, 7.4 7[2] distribución, 7.4.7[3] por daño debido a la falta de atenuación, 7.4.7[4] por pérdidas evitadas con el incumplimiento, 7.4.2[3] responsabilidad precontractual, 2.15[2], 7.4.7[4] véase anulación, incumplimiento, intereses, operación de reemplazo, pago estipulado para el incumplimiento, remedios, resolución

Resolución
derecho a la restitución después de la, 7.3.6[1] contrato divisible, 7.3.6[3] no afecta los derechos de terceros, 7.3.6[5] por equivalente en dinero, 7.3.6[2], 7.3.6[4] derecho al resarcimiento después de la, 7.1.1, 7.3.5[2], 7.4.1[2] en caso de reemplazo, 7.2.2[3], 7.4.5[1] daño adicional, 7.4.5[2] pérdida de volumen, 7.4.5[1] por referencia al precio corriente, 7.4.6[1] daño adicional, 7.4.6[3]

efectos de la, 7.3.5[1] disposiciones no afectadas por la, 7.3.5[3] no se altera el derecho al resarcimiento, 7.1.1, 7.3.5[25], 7.4.1[2] sobre terceros que no son partes, 1.3[3] excesiva onerosidad (hardship) y, 3.10[1], 6.2.3[7] fuerza mayor y, 6.2.2[6], 7.1.7[2] incompatibilidad con la notificación de la subsanación, 7.1.4[7] incumplimiento anticipado y, 7.3.3 la expectativa de incumplimiento debe ser razonable, 7.3.4[1] notificación de la, 7.3.2[1], 7.3.3 interpretación, 4.2[1], 4.4[1] ningún requisito formal, 1.9[1] período, 7.2.5[4], 7.3.2[3] produce efectos cuando es recibida, 7.3.2[4] por acuerdo de las partes, 1.3[2], 3.2 innecesariedad de la causa, 3.2[2] innecesariedad de la consideration, 3.2[1] por notificación unilateral, 7.3.1[1] contrato por tiempo indefinido, 5.8 de no otorgarse la garantía, 7.3.4[3] después del período suplementario (nachfrist), 7.1.5[2], 7.3.1[4] fundada en el incumplimiento, 7.1.1 el incumplimiento debe ser esencial, 7.1.5[2], 7.1.7[2], 7.3.1[2], 7.3.3 se aplica también si el incumplimiento es excusable, 7.1.1 véase cláusulas relativas a la modificación por escrito, condiciones de la autorización pública, garantías, incumplimiento, período suplementario para el cumplimiento, resarcimiento del daño, restitución, subsanación del incumplimiento

Responsabilidad precontractual
Véase resarcimiento del daño

Restitución
En la anulación, 3.17[2] por equivalente en dinero, 2.17[2] en la resolución, 7.3.6[1] contrato divisible, 7.3.6[3]

Principios de UNIDROIT

Excepción al derecho de restitución, 7.3.6[4] no afecta a los derechos de terceros, 7.3.6[5] por equivalente en dinero, 7.3.6[2], 7.3.6[4] incompatible con la notificación de la subsanación, 7.1.4[7]

Ruptura del contrato
Véase incumplimiento

Subsanación del incumplimiento
Adecuación de la subsanación, 7.1.4[3] deber de cooperación, 7.1.4[10] derecho de la parte perjudicada al resarcimiento, 7.1.4[9] derecho de la parte per-

judicada a rehusar la subsanación, 7.1.4[4] modos apropiados de subsanación, 7.1.4[6] momento de la, 7.1.4[5] notificación de, 7.1.4[2] principio general que permite la, 7.1.4[1] relación con la resolución, 7.1.4[8] suspensión de otras prestaciones, 7.1.4[7]

Terceros
Derechos no afectados, 7.3.6[5] remoción de sus derechos como forma de subsanación, 7.2.3[2] efectos del contrato frente a terceros que no son partes, 1.3[3] interferencia en las negociaciones, 3.11 por el que una parte no responde, 3.11[2] por el que una parte responde, 3.11[1] véase amenazas, anulación, dolo, error, excesiva desproporción.

Tribunal
Definición, 1.10[1] se aplica también al tribunal arbitral, 1.10[1] imposición de penas por el, 7.2.4[2], 7.2.4[6] véase adaptación, pena judicial, resarcimiento del daño.

Usos
Circunstancias relevantes para la interpretación, 4.3[2] error, 3.5[1] cláusulas estándar y, 2.19[3] exigencia de una operación de reemplazo, 7.2.1, 7.4.5[1] fuente de las obligaciones implícitas, 5.2 fuerza obligatoria, 1.8[1] criterio de carácter razonable, 1.8[5] en ausencia de un convenio, 1.8[4] usos acordados, 1.8[3] usos locales, 1.8[4] modos de aceptación y, 2.6[3], 2.6[4], 2.7 medios para cubrir la imprecisión, 2.2[1] orden de las prestaciones determinado por los, 6.1.4, 6.1.4[1] prevalecen sobre los principios de unidroit, 1.8[6] véase prácticas

Validez del contrato
Causas de invalidez excluidas del ámbito de los principios, 3.1 condiciones de la autorización pública que afectan a la, 6.1.14[1], 6.1.16[2], 6.1.17[2], 7.2.2[3] disposiciones imperativas relativas a la, 1.5[3] véase amenazas, cláusulas del contrato, condiciones de la autorización pública, contrato, declaraciones unilaterales, dolo, error, excesiva desproporción, imposibilidad inicial.

Wegfall der geschäftsgrundlage
Véase excesiva onerosidad (hardship)

Apéndice

Sin olvidar que los comentarios a los artículos deben se considerados como parte integrante de los principios, en el presente apéndice se reproduce el texto de los artículos separadamente para la comodidad del lector.

Preámbulo

(Propósito de los Principios)

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.
Estos principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato.
Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
Estos principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

Capítulo 1. Disposiciones generales

Artículo 1.1
(Libertad de Contratación)
Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

Artículo 1.2
(libertad de forma)
Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea cele-

brado o probado por escrito. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

Artículo 1.3
(Carácter Vinculante de los Contratos)
Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.

Artículo 1.4
(Normas de Carácter Imperativo)
Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Artículo 1.5
(Exclusión o Modificación de los Principios por las partes)
Las partes pueden excluir la aplicación de estos principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

Artículo 1.6
(Interpretación e integración de los principios)

1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.
2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Artículo 1.7
(Buena fe y lealtad negocial)

1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 1.8
(Usos y prácticas)

1) las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2) las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Artículo 1.9
(Notificación)

1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.
2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.
3) A los fines del parágrafo anterior, se considera que una notificación "llega" al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.
4) A los fines de este artículo, la palabra "notificación" incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Artículo 1.10
(Definiciones)
A los fines de estos principios:
"Tribunal" incluye un Tribunal Arbitral;
Si una de las partes tiene más de un "establecimiento," su "establecimiento" será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
"deudor" o "deudora" es la parte a quien compete cumplir una obligación, y "acreedor" o "acreedora" es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;
"escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

Capítulo 2. Formación

Artículo 2.1
(Modo de Perfección)
El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Artículo 2.2
(Definición de la Oferta)
Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Artículo 2.3
(Retiro de la Oferta)

1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 2.4
(Revocación de la Oferta)

1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

   a) Si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
   b) Si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

Artículo 2.5
(Rechazo de la oferta)
La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

Artículo 2.6
(Modo de aceptación)
1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinata-

rio que indique asentimiento a una oferta. el silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.
2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.
3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

Artículo 2.7

(Plazo para la aceptación)
La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Artículo 2.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta, comenzará a correr desde el momento de la entrega del telegrama para su expedición o desde la fecha indicada en la carta, o, si ésta no indica ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente para la aceptación a través de medios de comunicación instantánea comienza a correr desde el momento en que la oferta llega al destinatario.
2) los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro del plazo fijado para la aceptación serán incluidos en el cómputo de dicho plazo. Sin embargo, si la notificación de la aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente.

Artículo 2.9

(Aceptación tardía. demora en la transmisión)
1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.

2) Si la carta o cualquier otra notificación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

Artículo 2.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

Artículo 2.11

(Aceptación modificada)

1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.
2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Artículo 2.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

Artículo 2.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una formalidad determinada)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una determinada forma, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

Artículo 2.14
(Contrato con términos "abiertos")

1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.
2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

   a) Las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
   b) El tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

Artículo 2.15
(Negociaciones de mala fe)

1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.
2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.
3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2.16
(Deber de confidencialidad)
Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2.17
(Cláusulas de integración)
Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementa-

do mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Artículo 2.18

(Cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito)
Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea por escrito no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado en función de tales actos.

Artículo 2.19

(Contratación con cláusulas estándar)

1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.20 al 2.22.
2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

Artículo 2.20

(Cláusulas sorpresivas)

1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.
2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

Artículo 2.21

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)
En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

Artículo 2.22

(Conflicto entre formularios)
Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfecciona-

do sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

Capítulo 3. Validez

Artículo 3.1
(Cuestiones excluidas)
Estos principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

a) Falta de capacidad;
b) Falta de legitimación;
c) Inmoralidad o ilegalidad.

Artículo 3.2
(Validez del mero acuerdo)
Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

Artículo 3.3
(Imposibilidad inicial)

1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.
2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

Artículo 3.4
(Definición del error)
El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

Artículo 3.5
(Error determinante)

1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la

misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

a) La otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o
b) En el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato.

2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

a) Ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o
b) El error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

Artículo 3.6
(Error en la expresión o en la transmisión)
Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

Artículo 3.7
(Remedios por incumplimiento)
una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

Artículo 3.8
(Dolo)
Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Artículo 3.9
(Intimidación)
Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las

circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

Artículo 3.10

(Excesiva desproporción)

1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

   a) Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
   b) La naturaleza y finalidad del contrato.

2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.
3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre de conformidad con su voluntad de anular el contrato. se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del artículo 3.13(2).

Artículo 3.11

(Terceros)

1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.
2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la

intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía de conformidad con lo previsto en el contrato.

Artículo 3.12
(Confirmación)
La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

Artículo 3.13
(Pérdida del derecho a anular el contrato)

1) si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar de conformidad con la notificación de anulación.
2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

Artículo 3.14
(Notificación de anulación)
El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

Artículo 3.15
(Plazos)

1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.
2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del artículo 3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

Artículo 3.16

(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

Artículo 3.17

(Efectos retroactivos)

1) La anulación tiene efectos retroactivos.
2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte que haya sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar adecuadamente a la otra parte.

Artículo 3.18

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Artículo 3.19

(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se refieran a la fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

Artículo 3.20

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

Capítulo 4. Interpretación

Artículo 4.1

(Intención de las partes)

1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Artículo 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.
2) Si el parágrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

Artículo 4.3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:

a) Las negociaciones previas entre las partes;
b) Las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
c) Los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
d) La naturaleza y finalidad del contrato;
e) El significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
f) Los usos.

Artículo 4.4

(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

Artículo 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Artículo 4.6
(Interpretación contra proferentem)
Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

Artículo 4.7
(Discrepancias lingüísticas)
Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

Artículo 4.8
(Iintegración del contrato)

1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

a) la intención de las partes;
b) la naturaleza y finalidad del contrato;
c) la buena fe y la lealtad negocial;
d) el sentido común.

Capítulo 5. Contenido

Artículo 5.1
(Obligaciones expresas e implícitas)
Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

Artículo 5.2
(Obligaciones implícitas)
Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

a) La naturaleza y la finalidad del contrato;
b) Las prácticas establecidas entre las partes y los usos;

c) La buena fe y la lealtad negocial.
d) El sentido común.

Artículo 5.3
(Cooperación entre las partes)
Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Artículo 5.4
(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.
2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

Artículo 5.5
(Determinación del tipo de obligación)
Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

a) Los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
b) El precio y otros términos del contrato;
c) El grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
d) La capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

Artículo 5.6
(Determinación de la calidad de la prestación)
Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

Artículo 5.7
(Determinación del precio)

1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.
2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.
3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.
4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

Artículo 5.8
(Contrato de tiempo indefinido)
Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Capítulo 6. Cumplimiento

Sección 1. Cumplimiento en general

Artículo 6.1.1
(Momento del cumplimiento)
Una parte debe cumplir sus obligaciones:

a) Si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;
b) Si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

c) En cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

Artículo 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

Artículo 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menosqueel acreedor carezca deinterés legítimo para el rechazo.
2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otroremedio quelepuedacorresponderal acreedor.

Artículo 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.
2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

Artículo 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.
2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

Artículo 6.1.6
(Lugar del cumplimiento)

1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:
   a) En el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;
   b) En su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.
2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Artículo 6.1.7
(Pago con cheque u otro instrumento)

1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.
2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del parágrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

Artículo 6.1.8
(Pago por transferencia de fondos)

1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.
2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

Artículo 6.1.9
(Moneda de pago)

1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

a) Dicha moneda no sea convertible libremente; o
b) Las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este artículo.
3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.
4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

Artículo 6.1.10
(Moneda no expresada)
Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

Artículo 6.1.11
(Gastos del cumplimiento)
Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 6.1.12
(Imputación de pagos)

1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.
2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.
3) A falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

a) La obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
b) La obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;

c) La obligación que es más onerosa para el deudor;
d) La obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

Artículo 6.1.13

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)
El artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

Artículo 6.1.14

(Solicitud de autorización pública)
Cuando la ley de un estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

a) Si sólo una parte tiene su establecimiento en tal estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y
b) En los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

Artículo 6.1.15

(Gestión de la autorización)

1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.
2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

Artículo 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

2) No se aplicará lo previsto en el parágrafo (1) de este artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

Artículo 6.1.17
(Autorización denegada)

1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.
2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

Sección 2 Excesiva onerosidad (hardship)

Artículo 6.2.1
(Obligatoriedad del contrato)
Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (hardship).

Artículo 6.2.2
(Definición de la "excesiva onerosidad" (hardship))
Hay "excesiva onerosidad" (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

a) Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
b) Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
c) Los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
d) El riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Artículo 6.2.3
(Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

1) En caso de "excesiva onerosidad" (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:

   a) Resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
   b) Adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

Capítulo 7. Incumplimiento

Sección 1. Incumplimiento en general

Artículo 7.1.1
(Definición del incumplimiento)
El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

Artículo 7.1.2
(Interferencia de la otra parte)
Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

Artículo 7.1.3
(Suspensión del cumplimiento)

1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.

2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Artículo 7.1.4
(Subsanación del incumplimiento)

1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

   a) Notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
   b) La subsanación sea apropiada a las circunstancias;
   c) La parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
   d) Dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Artículo 7.1.5
(Período suplementario para el cumplimiento)

1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.
2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.
4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

Artículo 7.1.6
(Cláusulas de exoneración)
Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

Artículo 7.1.7
(Fuerza mayor) (Force majeure)

1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.
2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.
3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.
4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

Artículo 7.2.1
(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)
Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

Artículo 7.2.2
(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)
Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

a) Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
b) La prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
c) La parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
d) La prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
e) La parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

Artículo 7.2.3
(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)
El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

Artículo 7.2.4
(Pena judicial)

1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.
2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

Artículo 7.2.5
(Cambio de remedio)

1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.
2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

Sección 3. Resolución

Artículo 7.3.1
(Derecho a resolver el contrato)

1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.
2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

   a) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
   b) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
   c) El incumplimiento fue intencional o temerario;
   d) El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
   e) La resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5.

Artículo 7.3.2
(Notificación de la resolución)

1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

Artículo 7.3.3
(Incumplimiento anticipado)
Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.4
(Garantía adecuada de cumplimiento)
Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

Artículo 7.3.5
(Efectos generales de la resolución)

1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.
2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.
3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

Artículo 7.3.6
(Restitución)

1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.

Sección 4. Resarcimiento

Artículo 7.4.1
(Derecho al resarcimiento)
Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos principios.

Artículo 7.4.2
(Reparación integral)

1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.
2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Artículo 7.4.3
(Certeza del daño)

1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.
2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Artículo 7.4.4
(Previsibilidad del daño)
La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

Artículo 7.4.5
(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)
Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una opera-

ción de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Artículo 7.4.6
(Prueba del daño por el precio corriente)

1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

Artículo 7.4.7
(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)
Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

Artículo 7.4.8
(Atenuación del daño)

1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.
2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

Artículo 7.4.9
(Intereses por falta de pago de dinero)

1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del estado de la moneda de pago.
3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Artículo 7.4.10
(Intereses sobre el resarcimiento)
A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

Artículo 7.4.11
(Modalidad de la compensación monetaria)

1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.
2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

Artículo 7.4.12
(Moneda en la que se fija el resarcimiento)
El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

Artículo 7.4.13
(Pago estipulado para el incumplimiento)
1) cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.
2) no obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

:: Propuestas del gobierno de México para la agenda de la séptima conferencia especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII)

Misión permanente de México

OEA-0099

La misión permanente de México ante la Organización de Los Estados Americanos saluda atentamente a la comisión de asuntos jurídicos y políticos en ocasión de transmitirle las propuestas del gobierno de México para la agenda de la séptima conferencia especializada de derecho internacional privado (CIDIP-VII).

a) Comercio electrónico. Aspectos jurídicos del uso de los medios electrónicos; protección al consumidor.
b) Movimientos transfronterizos y flujos migratorios personas.
c) Protección de menores.

La misión permanente de México ante la organización de los Estados Americanos aprovecha la oportunidad para reiterar a la comisión de asuntos jurídicos y políticos las seguridades de su atenta y distinguida consideración.

Washington, D.C., a 15 de enero de 2004
a la Organización de Los Estados Americanos
Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos
Washington, D.C.

:: Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

(Aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2005)

La asamblea general,

Visto el informe del Consejo Permanente en lo que refiere a la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) (AG/doc. ____/05);

Considerando:

Que mediante su resolución AG/RES. 1923 (XXXIII-O/03) la Asamblea General convocó la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII), la cual se celebrará en la fecha y lugar que determine el Consejo Permanente, y encomendó a este órgano que aprobara el temario de la misma;

Que mediante su resolución AG/RES. 2033 (XXXIV-O04) la Asamblea General instó al Consejo Permanente a que continuara el estudio de los temas relacionados con la CIDIP-VII e instó a los Estados Miembros,

que no lo hubieren hecho, a que presentaran sus propuestas y observaciones con respecto al temario de dicha Conferencia;

Que varios Estados presentaron sus propuestas de temas y sus correspondientes documentos de apoyo, para ser incluidos en la Agenda y que estos fueron discutidos por los Estados Miembros en el seno de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente; y

Que asimismo la República Oriental del Uruguay presentó el documento "Bases de una Convención Interamericana sobre Jurisdicción Internacional" (CP/CAJP-2094/03 add.6-b), para estudio futuro y consultas,

Resuelve:

Tomar nota del informe del Consejo Permanente relativo a la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado estableciendo la siguiente Agenda:

I) Protección al Consumidor: Ley Aplicable, Jurisdicción, y Restitución Monetaria (Convenciones y Leyes Modelo);
II) Garantías Mobiliarias: Registros Electrónicos para Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

Encomendar al Consejo Permanente que establezca la metodología para la preparación de los instrumentos interamericanos a ser considerados por la Séptima Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado.

Encomendar al Consejo Permanente que fije la fecha y sede para la celebración de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Solicitar al Comité Jurídico Interamericano que presente sus comentarios y observaciones con relación a los temas de la agenda final para la CIDIP VII.

Encomendar al Consejo Permanente que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, al estudiar futuros temas para próximas Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, considere entre otros, el tema de una Convención Interamericana sobre Jurisdicción Internacional.

Encomendar al Consejo Permanente que de seguimiento a la presente resolución, la cual será ejecutada de acuerdo con los recursos asignados en el

programa-presupuesto de la Organización y otros recursos, y que presente un informe sobre su cumplimiento a la Asamblea General en su trigésimo sexto período ordinario de sesiones.

AG02676S01

:: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

38º período de sesiones Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Nota de la Secretaría

El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) inició sus deliberaciones sobre la contratación electrónica en su 39º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 11 al 15 de marzo de 2002. Puso fin a su labor en su 44º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 22 de octubre de 2004, tras lo cual pidió a la Secretaría que distribuyera la versión revisada del proyecto de convención a los gobiernos para que formularan observaciones al respecto, con miras a someter el proyecto a la consideración y aprobación de la Comisión en su 38º período de sesiones, en 2005.

A la luz de las consultas celebradas con el Presidente del 37º período de sesiones de la Comisión y el Presidente del 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), se ha cancelado el 45º perío-

do de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), que se había previsto celebrar en Nueva York del 11 al 15 de abril de 2005. El 38º período de sesiones de la Comisión, que originalmente se había previsto celebrar en Viena del 4 al 22 de julio de 2005, se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005. Se propone que la Comisión examine el proyecto de convención y le dé forma definitiva entre el 4 y el 11 de julio de 2005.

La Secretaría agradecería a los gobiernos que presentaran observaciones concisas, individualmente, acerca de cada una de las disposiciones del proyecto de convención a las que deseen referirse. La Secretaría se reserva el derecho de resumir las observaciones recibidas de los gobiernos, en la medida en que sea necesario para cumplir las directrices impartidas por la Asamblea General con respecto a la longitud de los documentos.

En el anexo I de la presente nota figura la nueva versión revisada del proyecto de convención, que comprende los artículos aprobados por el Grupo de Trabajo en su 44º período de sesiones y los proyectos de preámbulo y de disposiciones finales, *0459290*

Respecto de los cuales el Grupo de Trabajo únicamente intercambió opiniones generales en esa ocasión (véase el párrafo 32 del documento A/CN.9/571). En el anexo II figura una lista de referencias a las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

La adición 1 a la presente nota, que se publicará por separado, contiene un resumen de las deliberaciones del Grupo de Trabajo y notas breves encaminadas a facilitar el examen del proyecto de convención por los gobiernos y por la Comisión.

Anexo I

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Los Estados Parte en la presente Convención[1],

Reafirmando su convicción de que el comercio internacional basado en la igualdad y el mutuo provecho constituye un elemento importante para el fomento de las relaciones de amistad entre los Estados,

Observando que una mayor utilización de comunicaciones electrónicas mejora la eficiencia de las actividades comerciales y los vínculos comerciales y brinda nuevas oportunidades de acceso a partes y mercados anteriormente considerados remotos, con lo cual desempeña un papel fundamental en lo que respecta a promover el comercio y el desarrollo económico en los planos nacional e internacional,

Considerando que los problemas creados por la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales constituyen un obstáculo para el comercio internacional,

Convencidos de que si se adoptaran normas uniformes para eliminar los obstáculos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, incluidos los que deriven de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derecho mercantil, aumentaría la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial de los contratos internacionales y se podría ayudar a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas,

Estimando que las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, [teniendo en cuenta la posibilidad de intercambiarlos,] siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes,

Deseosos de encontrar una solución común para eliminar los obstáculos jurídicos que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas de manera aceptable para los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos,

Han convenido en lo siguiente:

Caoítulo I. Esfera de aplicación

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato [o acuerdo] 2 entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

[1] El proyecto de preámbulo ya figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). En su 44º período de sesiones el Grupo de Trabajo celebró un intercambio inicial de opiniones sobre el proyecto de preámbulo, si bien, por falta de tiempo, no lo aprobó oficialmente.

[2] La Secretaría sugiere que se añadan las palabras "o acuerdo" para compatibilizar la formulación del proyecto de artículo con la utilizada en el proyecto de artículo 19. La Comisión tal vez desee examinar la posibilidad de añadir esas palabras en el proyecto de artículo 1 o de incluir una nota explicativa u observación para aclarar lo que entiende por "contrato" en el proyecto de convención.

No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse el contrato.
A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

Artículo 2. Exclusiones

1. La presente Convención no será aplicable a las comunicaciones electrónicas relacionadas con:

a) Contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos;
b) I) Operaciones en un mercado bursátil reglamentado; II) operaciones de cambio de divisas; III) sistemas de pago interbancarios, acuerdos de pago interbancarios o sistemas de compensación y de liquidación o saldo relacionados con valores bursátiles u otros títulos o activos financieros; IV) la transferencia de garantías reales constituidas sobre valores bursátiles u otros títulos o activos financieros que obren en poder de un intermediario y que puedan ser objeto de un acuerdo de venta, de préstamo, de tenencia o de recompra.

2. La presente Convención no será aplicable a las letras de cambio, pagarés, cartas de porte, conocimientos de embarque o resguardos de almacén, ni a ningún documento o título transferible que faculte a su portador o beneficiario para reclamar la entrega de las mercancías o el pago de una suma de dinero.

Artículo 3. Autonomía de las partes

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.

Capítulo II. Disposiciones Generales

Artículo 4. Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

a) Por "comunicación" se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que

las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato;

b) Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos;

c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (edi), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por "iniciador" de una comunicación electrónica se entenderá toda parte que haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar una comunicación electrónica antes de ser archivada, si ese es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario a su respecto;

e) Por "destinatario" de una comunicación electrónica se entenderá la parte designada por el iniciador para recibirla, pero que no esté actuando a título de intermediario a su respecto;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas;

g) Por "sistema automatizado de mensajes" se entenderá un programa informático o un medio electrónico o algún otro medio automatizado utilizado para iniciar una acción o para responder a operaciones o mensajes de datos, que actúe, total o parcialmente, sin que una persona haya de intervenir o revisar la actuación cada vez que se inicie una acción o que el sistema genere una respuesta;

h) Por "establecimiento" se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar.

Artículo 5. Interpretación

En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 6. Ubicación de las partes

Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar.

Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, [a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo,][3] su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse el contrato.

Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculada a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Artículo 7. Requisitos de información

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas o falsas.

Capítulo III. Utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica[4].

[3] La Comisión tal vez desee considerar si en la formulación actual del párrafo 2 es necesario conservar la remisión al párrafo 1, que la Secretaría ha colocado entre corchetes, ya que, a diferencia de las versiones anteriores, esto sólo se aplica cuando una parte no ha indicado un establecimiento de conformidad con el párrafo 1.

[4] La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de añadir al final del párrafo, para más claridad, la frase "o sea resultado del intercambio de comunicaciones electrónicas".

Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Artículo 9. Requisitos de forma

Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.
Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.
Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y
b) Si el método utilizado es fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se notificó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable.

Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato se presente o conserve en su forma original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica:

a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, en tanto comunicación electrónica o de otra índole; y
b) Si, en los casos en que se exija presentar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de presentar.

Para los fines del apartado a) del párrafo 4:

a) Los criterios para evaluar la integridad de la información consistirán en determinar si se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y
b) El grado de fiabilidad requerido se determinará a la luz de la finalidad para

la que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.
Los párrafos 4 y 5 no serán aplicables cuando alguna regla de derecho o el acuerdo concertado entre las partes requiera que una de ellas presente cierto documento original con objeto de reclamar el pago de una carta de crédito, una garantía bancaria u otro instrumento similar.5]

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido
La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica del destinatario.
La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine a la luz de lo dispuesto en el artículo 6.
El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquél en que se tenga por recibida la comunicación conforme al párrafo 3 del presente artículo.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de una aplicación interactiva para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se conside-

[5] Este párrafo figura entre corchetes porque el Grupo de Trabajo, por falta de tiempo, no pudo terminar de examinarlo en su 44º período de sesiones. Como variante se propuso que se diera a los Estados la posibilidad de excluir la aplicación de los párrafos 4 y 5 del proyecto de artículo 9 mediante declaraciones formuladas con arreglo al proyecto de artículo 18 (A/CN.9/571, párr. 138). de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

rará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados por los sistemas o el contrato resultante de tales actos.

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no brinde a la persona iniciadora la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, tendrá derecho a retirar la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido;
b) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, adopta toda medida razonable, así como toda medida que se ajuste a las instrucciones de la otra parte, para devolver los bienes o servicios recibidos, si los hubiere, como consecuencia del error o, si se le ordena hacerlo, para destruir los bienes o servicios; y

c) La persona, o la parte en cuyo nombre actuaba esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni recibido ningún provecho material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de norma jurídica alguna que regule las consecuencias de un error cometido durante la formación o el cumplimiento del tipo de contrato en cuestión que no sea un error cometido al introducir los datos y que se produzca en las circunstancias señaladas en el párrafo 1.

Capítulo IV. Disposiciones finales[6]

Artículo 15. Depositario

El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados [en [...] del [...] al [...] y después de esa fecha] en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del [...] al [...].

La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.

La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

[Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica[7]

Toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan

[6] Los proyectos de artículo 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 (variante A), 23 y 25 ya figuraban en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). En los proyectos de artículo 16 bis, 19 bis, 22 (variante B) y 24 se reflejan las propuestas de disposiciones adicionales formuladas en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo. En esa ocasión el Grupo de Trabajo examinó y aprobó los proyectos de artículo 18 y 19 y sostuvo un intercambio inicial de opiniones acerca de las demás cláusulas finales, que no pudo aprobar oficialmente por falta de tiempo. A la luz de sus deliberaciones sobre los capítulos I, II y III y los artículos 18 y 19, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que introdujera los cambios correspondientes en el proyecto de disposiciones finales del capítulo IV de la versión examinada del proyecto de convención. El Grupo de Trabajo pidió también a la Secretaría que insertara entre corchetes en el proyecto final que se presentaría a la Comisión el proyecto de disposiciones adicionales que se había propuesto durante su 44º período de sesiones (A/CN.9/571, párr. 10).

por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a ésta. La organización regional de integración económica tendrá, en ese caso, los derechos y obligaciones de un Estado Contratante en la medida en que ejerza competencia sobre algún asunto que se rija por la presente Convención. En toda cuestión para la que sea pertinente, en el marco de la presente Convención, el número de Estados que intervengan, la organización regional de integración económica no será contabilizable a título adicional respecto de aquellos de sus Estados miembros que sean Estados Contratantes. La organización regional de integración económica deberá hacer, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, una declaración ante el depositario en la que se haga constar los asuntos que se rijan por la presente Convención respecto de los cuales sus Estados miembros hayan transferido su competencia a la organización. La organización regional de integración económica notificará con prontitud al depositario todo cambio en la distribución de las competencias indicada en dicha declaración, mencionando asimismo toda nueva competencia que le haya sido transferida.
Toda referencia que se haga en la presente Convención a "Estado Contratante" o "Estados Contratantes", o a "Estado Parte" o "Estados Partes", será igualmente aplicable a una organización regional de integración económica, siempre que el contexto así lo requiera.]

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales

Todo Estado integrado por dos o más unidades territoriales en las que8 sea aplicable un régimen jurídico distinto en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de dar su firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión a la presente Convención que ésta será aplicable a todas sus unidades territoriales, o sólo a una o varias de ellas, y podrá en cualquier momento sustituir por otra su declaración original.
En esas declaraciones se hará constar expresamente a qué unidades territoriales será aplicable la Convención.

[7] Este proyecto de artículo no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, la República Checa y Suecia y la Comisión Europea en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.3).

[8] Este proyecto de artículo contiene disposiciones análogas a las de otros instrumentos preparados por la CNUDMI. No obstante, se ha suprimido la expresión "con arreglo a su constitución" que figuraba después de "dos o más unidades territoriales en las que" en la versión anterior del proyecto de convención (A/CN.9/WG.IV/WP.110) por considerarse que, en la práctica, esa expresión, especialmente cuando se le había dado un sentido estricto, había creado incertidumbre, ya que los principios jurídicos que servían de base para la existencia de

Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención no se aplica a todas las unidades territoriales de un Estado, y si el establecimiento de una parte se encuentra en ese Estado, se considerará que ese establecimiento no se halla en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se haga aplicable la Convención.
Si un Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1 del presente artículo, la Convención será aplicable a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación

1. Todo Estado podrá declarar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, que sólo aplicará la presente Convención:

a) Cuando los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 1 sean Estados Contratantes de la presente Convención;
b) Cuando las reglas de derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante; o
c) Cuando las partes hayan convenido en que su régimen sea aplicable.

Todo Estado podrá excluir del ámbito de aplicación de la presente Convención todo asunto que haya señalado en una declaración efectuada de conformidad con el artículo 20.

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales

Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte:
Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958);
Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) y su Protocolo (Viena, 11 de abril de 1980);
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980);

Diferentes ordenamientos jurídicos en unidades territoriales pertenecientes al mismo Estado podían no desprenderse siempre de las disposiciones de una constitución escrita.
Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional (Viena, 19 de abril de 1991);
Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 11 de diciembre de 1995);
Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional (Nueva York, 12 de diciembre de 2001).
Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán, además, a las comunicaciones electrónicas relativas a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable otra convención, tratado o acuerdo internacional, no mencionado expresamente en el párrafo 1 del presente artículo, en el que un Estado Contratante sea o pueda llegar a ser parte, salvo que dicho Estado haya declarado, de conformidad con lo previsto en el artículo 20, que no quedará obligado por el presente párrafo.
Todo Estado que haga una declaración con arreglo al párrafo 2 del presente artículo podrá asimismo declarar que, a pesar de ello, aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional en el que dicho Estado sea o pueda llegar a ser parte.
Todo Estado podrá declarar que no aplicará las disposiciones de la presente Convención al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato o acuerdo al que sea aplicable algún convenio, tratado o acuerdo internacional consignado en la declaración de dicho Estado y en el que ese Estado sea o pueda llegar a ser parte, incluidos los instrumentos internacionales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo, aun cuando dicho Estado no haya excluido la aplicación del párrafo 2 del presente artículo mediante una declaración formulada de conformidad con lo previsto en el artículo 20.

[Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19[9]

Podrá enmendarse la lista de instrumentos que figura en el párrafo 1 del artículo 19 añadiendo [otros instrumentos preparados por la CNUDMI] [conven-

ciones, tratados o acuerdos pertinentes] que estén abiertos a la participación de todos los Estados.

Una vez que la presente Convención haya entrado en vigor, todo Estado Parte podrá proponer una enmienda de esa índole. Toda propuesta de enmienda será presentada al depositario por escrito. El depositario notificará a cada Estado Parte el texto de las propuestas que reúnan las condiciones indicadas en el párrafo 1 y solicitará su opinión respecto de si la enmienda propuesta debe aprobarse.

La enmienda propuesta se considerará aprobada a menos que un tercio de los Estados Partes objeten a ella, mediante notificación escrita, dentro de los 180 días siguientes a la fecha de su distribución.]

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones

Las declaraciones previstas en el párrafo 1 del artículo 17, los párrafos 1 y 2 del artículo 18 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 19 podrán hacerse en cualquier momento. Las declaraciones hechas en el momento de firmar la presente Convención deberán ser confirmadas en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación.

Las declaraciones y sus confirmaciones han de hacerse por escrito y se notificarán oficialmente al depositario.

Una declaración surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado en cuestión. No obstante, una declaración de la cual el depositario reciba notificación oficial después de la entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

Todo Estado que haga una declaración con arreglo a la presente Convención podrá modificarla o retirarla en cualquier momento mediante notificación oficial dirigida por escrito al depositario. La modificación o el retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

Artículo 21. Reservas

No se podrán hacer reservas a la presente Convención.

[9] Este proyecto de artículo no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por Bélgica en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.5).

Artículo 22. Enmiendas

Variante A[10]

Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a la presente Convención. Las propuestas de enmienda se presentarán por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien las distribuirá a todos los Estados Parte, con la solicitud de que indiquen si son partidarios de que se convoque una conferencia de los Estados Parte. En el caso de que, dentro de los cuatro meses contados a partir de la fecha de esa comunicación, al menos un tercio de los Estados Parte se declare partidario de una conferencia de ese tipo, el Secretario General convocará la conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Las propuestas de enmienda se distribuirán a los Estados Contratantes por lo menos 90 días antes de la conferencia.

Las enmiendas de la presente Convención deberán ser aprobadas por [dos tercios] [mayoría] de los Estados Contratantes presentes y votantes en la conferencia de Estados Contratantes y entrarán en vigor respecto de los Estados que las hayan ratificado, aceptado o aprobado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que [dos tercios de] los Estados Contratantes en el momento de la aprobación de la enmienda en la conferencia de los Estados Contratantes hayan depositado sus instrumentos de aceptación de la enmienda.]

Variante B[11]

La [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional][12] preparará informes para los Estados Parte, [todos los años o] cuando las circunstancias lo exijan, sobre el modo en que el régimen internacional establecido en la presente Convención se ha aplicado en la práctica.

A solicitud de [por lo menos el veinticinco por ciento de] los Estados Parte, la [Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas] [secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional] convocará periódicamente conferencias de revisión de los Estados Contratantes con objeto de examinar:

[10] La Variante A de este proyecto de artículo ya figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110).

[11] La Variante B no figuraba en la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110). Contiene una propuesta formulada por los Estados Unidos de América en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.4).

[12] Es posible que haya que reemplazar los órganos mencionados y hacer referencia al "Secretario General de las Naciones Unidas" o "el depositario" para ajustarse a la práctica usual de las Naciones Unidas respecto de los servicios administrativos que se prestan a los Estados Miembros. La Secretaría está estudiando los efectos de la formulación propuesta e informará a la Comisión al respecto en su 38º período de sesiones, que se celebrará en Viena del 4 al 15 de julio de 2005.

a) La aplicación en la práctica de la presente Convención y su eficacia en lo que respecta a facilitar las operaciones de comercio electrónico previstas en sus disposiciones;
b) La interpretación que dan los tribunales a las disposiciones de la presente Convención y la forma en que se aplican; y
c) Si es necesario modificar la presente Convención.

Toda enmienda que se haga a la presente Convención deberá ser aprobada, como mínimo, por una mayoría de dos tercios de los Estados que participen en la conferencia mencionada en el párrafo anterior, y entrará en vigor, con respecto a los Estados que la hayan ratificado, aceptado o aprobado, cuando haya sido ratificada, aceptada o aprobada por tres Estados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, relativo a su entrada en vigor.]

Artículo 23. Entrada en vigor

La presente Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el [...] instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 24. Disposiciones transitorias[13]

La presente Convención será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de su entrada en vigor.
En los Estados Contratantes que hagan una declaración con arreglo al párrafo 1 del artículo 18 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas que se cursen después de la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes mencionados en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18 o del Estado Contratante a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1 de ese mismo artículo.

[13] En la versión más reciente del proyecto de convención examinada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.110) únicamente figuraba el párrafo 1 del proyecto de artículo. En la formulación actual se ha tenido en cuenta una propuesta presentada por los Estados Unidos de América en el 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/XLIV/CRP.6).

La presente Convención únicamente será aplicable a las comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 19 con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor en el Estado Contratante del instrumento internacional pertinente que figure en la lista del párrafo 1 del artículo 19.
Cuando un Estado Contratante haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 3 del artículo 19 de la presente Convención, su régimen será aplicable únicamente a las comunicaciones electrónicas concernientes a la formación o el cumplimiento de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha declaración con posterioridad a la fecha en que esa declaración surta efecto con arreglo al párrafo 3 o al párrafo 4 del artículo 20.
Una declaración efectuada con arreglo a los párrafos 1 ó 2 del artículo 18 o con arreglo a los párrafos 2, 3 ó 4 del artículo 19, así como su retiro o modificación, no afectará a ningún derecho que se haya creado por medio de comunicaciones electrónicas cursadas con anterioridad a la fecha en que la declaración surta efecto con arreglo a los párrafos 3 ó 4 del artículo 20.]

Artículo 25. Denuncia

Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención en cualquier momento mediante notificación hecha por escrito al depositario.
La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la fecha de vencimiento del plazo de doce meses contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo, la denuncia surtirá efecto al vencer dicho plazo, contado a partir de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario hecha en [...], el [...] de [...] de [...], en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos. en testimonio de lo cual, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Anexo II

Referencias a la labor preparatoria realizada por el Grupo de Trabajo IV(Comercio Electrónico)

Preámbulo

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párr. 82

Artículo 1. Ámbito de aplicación

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 14 a 27 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 71 a 97 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 32 a 48 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre 2002) A/CN.9/527, párrs. 73 a 81 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 28 a 40

Artículo 2. Exclusiones

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 59 a 69 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 98 a 111; véanse también los párrafos 112 a 118
41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 49 a 64; véanse también los párrafos 65 a 69 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)
40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)A/CN.9/527, párrs. 82 a 98; véanse también los párrafos 99 a 104 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)

Artículo 3. Autonomía de las partes

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 70 a 77 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 119 a 124 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 70 a 75 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002) A/CN.9/527, párrs. 105 a 110

Artículo 4. Definiciones

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 78 a 89 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 76 y 77 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002) A/CN.9/527, párrs. 111 a 122

Artículo 5. Interpretación

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 90 y 91 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003 A/CN.9/528, párrs. 78 a 80 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002) A/CN.9/527, párrs. 123 a 126

Artículo 6. Ubicación de las partes

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 92 a 114, 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 81 a 93, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 41 a 59

Artículo 7. Requisitos de información

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 115 y 116 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 87 a 105 (en ese entonces era el artículo 11) 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 60 a 65

Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 117 a 122 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 39 a 4541º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 94 a 108;
Véanse también los párrafos 121 a 131 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió) y 117 a 120 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió) 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 86 a 92; véanse también los párrafos 66 a 73 (sobre un proyecto de artículo conexo que se suprimió)

Artículo 9. Requisitos de forma

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 123 a 139, 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 47 a 58, 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 46 a 58, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 112 a 121

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 140 a 166, 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 59 a 86, 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a

9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 132 a 151, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 93 a 98

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 167 a 172 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 106 a 116 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003) A/CN.9/528, párrs. 109 a 120, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 74 a 85 A/CN.9/577

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 173 y 174, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 99 a 103

Artículo 13. Disponibilidad de las condiciones contractuales
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 175 a 181, 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003) A/CN.9/546, párrs. 130 a 135, 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 122 a 125

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 182 a 206 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 14 a 26 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002) A/CN.9/509, párrs. 99 y 104 a 111

Artículo 15. Depositario
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 16. Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 16 bis. Participación de organizaciones regionales de integración económica
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 17. Aplicación a las unidades territoriales
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 18. Declaraciones sobre el ámbito de aplicación
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 28 a 46, 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 27 a 37

Artículo 19. Comunicaciones intercambiadas en el marco de otros instrumentos internacionales
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párrs. 23 a 27 y 47 a 58 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004) A/CN.9/548, párrs. 38 a 70

Artículo 19 bis. Procedimiento para enmendar el párrafo 1 del artículo 19
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 20. Procedimiento y efectos de las declaraciones
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 21. Reservas
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 22. Enmiendas
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10

Artículo 23. Entrada en vigor
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr. 10.

Artículo 24. Disposiciones transitorias
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr.10

Artículo 25. Denuncia
44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) A/CN.9/571, párr.10

:: Resolución aprobada por la Asamblea General

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628)]

51/162. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel,

Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computarizados aprobada por la Comisión en su 18º período de sesiones, celebrado en 19851, y el inciso b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión[1] 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,

Convencida de que la elaboración de una ley modelo que facilite el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas,

Observando que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue aprobada por la Comisión en su 29º período de sesiones después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas,

Estimando que la aprobación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y apreparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella,

Expresa su agradecimiento a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que figura como anexo de la presente resolución y por haber preparado la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo;

Recomienda que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la Mnecesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;

Recomienda también que no se escatimen esfuerzos para velar por que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.

[1] Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17), cap. VI, secc. B.)

85a. sesión plenaria 16 de diciembre de 1996

Anexo

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Primera parte. Comercio Electrónico en Genral

Capítulo I. Disposiciones Generales

Artículo 1

Ámbito de aplicación[2]

"La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que se ajuste a la definición del párrafo 1 del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional."

La presente Ley[3] será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto[4] de actividades comerciales[5].

Artículo 2

Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o simi-

[2] La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen limitar el ámbito de aplicación de la presente Ley a los mensajes de datos internacionales:

[3] La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

[4] La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación de la presente Ley:
"La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en las situaciones siguientes: [...]."

[5] El término "comercial" deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje ("factoring");de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión delicencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o depasajeros por vía aérea y marítima o por ferrocarril y carretera.

lares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;

c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;

d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;

e) Por "intermediario", en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;

f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

"La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en las situaciones siguientes:[...]."

Artículo 3

Interpretación

En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 4

Modificación mediante acuerdo

Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadasmediante acuerdo.

Lo dispuesto en el párrafo 1 no afectará a ningún derecho de que gocen las

partes para modificar de común acuerdo alguna norma jurídica a la que se haga referencia en el capítulo II.

Capítulo II. Aplicaión de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Artículo 5

Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 6

Escrito

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 7

Firma

Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de Ndatos; y
b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado a los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, atendidas todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 8

Original

Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos:

a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; y
b) De requerirse que la información sea presentada, si esa información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.
A los fines del inciso a) del párrafo 1:

a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y
b) El grado de fiabilidad requerido será determinado teniendo en cuenta los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 9

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

En todo trámite legal no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos:

a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o
b) Por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.

Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Artículo 10

Conservación de los mensajes de datos

Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:

a) Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
b) Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida; y
c) Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, de haber alguno, y la fecha y la hora en que fue enviadoo recibido.

La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1, siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1.

Capítulo III. Comunicación de los mensajes de datos

Artículo 11

Formación y validez de los contratos

En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 12

Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 13

Atribución de los mensajes de datos

Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador.

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado:

a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o
b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y a actuar en consecuencia, cuando:

a) Para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin; o
b) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.

El párrafo 3 no se aplicará:

a) A partir del momento en que el destinatario sea informado por el iniciador de que el mensaje de datos no proviene del iniciador y disponga de un plazo razonable para actuar en consecuencia; o
b) En los casos previstos en el inciso b) del párrafo 3, desde el momento en que el destinatario sepa, o debiera saber, si actuara con la debida diligencia o aplicara algún método convenido, que el mensaje de datos no proviene del iniciador.

Siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se entienda que proviene de él, o siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario éste tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá actuar en consecuencia. El destinatario no gozará de este derecho si sabía, o debiera saber de haber actuado con la debi-

da diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que la transmisión había dado lugar a algún error en el mensaje de datos recibido.
El destinatario tendrá derecho a considerar que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos separado y a actuar en consecuencia, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos era un duplicado.

Artículo 14

Acuse de recibo

Los párrafos 2 a 4 del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos.
Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no; o
b) Todo acto del destinatario,que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

Cuando el iniciador haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto no se haya recibido el acuse de recibo.
Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, en un plazo razonable:

a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y
b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.

Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.

Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.
Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.

Artículo 15

Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos
De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.
De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:

   I) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o
   II) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

El párrafo 2 será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4.
De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que tenga una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...]. Segunda parte. comercio electrónico en materias especifícas capítulo I. Transporte de mercancías Artículo 16, Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías Sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte de la presente Ley, el presente capítulo será aplicable a cualquiera de los siguientes actos que guarde relación con un contrato de transporte de mercancías, o con su cumplimiento, sin que la lista sea exhaustiva: a) I) Indicación de las marcas, el número, la cantidad o el peso de lasmercancías; II) Declaración de la índole o el valor de las mercancías; III) Emisión de un recibo por las mercancías; IV) Confirmación de haberse completado la carga de las mercancías;

b) I) Notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones delcontrato; II) Comunicación de instrucciones al portador;

c) I) Reclamación de la entrega de las mercancías; II) Autorización para proceder a la entrega de las mercancías; III)Notificación de la pérdida de las mercancías o de los daños que hayan sufrido;
d) Cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato;
e) Promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar esa entrega;
f) Concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías;
g) Adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.

Artículo 17

Documentos de transporte

Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3, en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 se realice por escrito o mediante un documento que conste de papel, se cumplirá ese requisiton cuando el acto se realice por medio de uno o más mensajes de datos.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no se realice el acto por escrito o mediante un documento.

Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto

surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío, o la utilización, de un documento, se cumplirá ese requisito si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos.

Para los fines del párrafo 3, el nivel de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para realizar alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válidoningún documento utilizado para realizar cualquiera de esos actos, a menos quese haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el dedocumentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberácontener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datospor documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes.

Cuando se aplique obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia, en un documento, esa norma no dejará de aplicarse a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

:: 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

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por el medio de comunicación habitualmente conocido como comercio electrónico, en el que se usan métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel,

Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computadorizados aprobada por la Comisión en su 18° período de sesiones,

celebrado en 1985, y el apartado b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión[1] 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,

Recordando también que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue aprobada por la Comisión en su 29° período de sesiones, celebrado en 1996[2], y complementada por un nuevo artículo 5 bis, aprobado por la Comisión en su 31° período de sesiones, celebrado en 1998[3], y recordando el párrafo 2 de la resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996, en la que la Asamblea recomendaba que todos los Estados consideraran de manera favorable la Ley Modelo cuando promulgaran o revisaran sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme,

Convencida de que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico es de considerable utilidad para los Estados al posibilitar o facilitar la utilización del comercio electrónico, como demuestra la incorporación de esta Ley Modelo al derecho interno de un cierto número de países y su reconocimiento universal como referencia esencial en lo relativo a la legislación sobre el comercio electrónico,

Consciente de la gran utilidad de las nuevas tecnologías de identificación personal utilizadas en el comercio electrónico, generalmente conocidas como firmas electrónicas,

Deseosa de desarrollar los principios fundamentales enunciados en el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico[4] con respecto al cumplimiento de la función de la firma en las operaciones de comercio electrónico, con miras a fomentar la confianza en las firmas electrónicas para que surtan efectos jurídicos cuando sean el equivalente funcional de las firmas manuales,

Convencida de que la armonización tecnológicamente neutral de ciertas normas relativas al reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas y el

[1] Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17), cap. VI, secc. B.
[2] Ibíd., quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/51/17), capítulo III, sección F, párr. 209.
[3] Ibíd., quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/53/17), cap. III, secc. B.
[4] Resolución 51/162, Anexo.

establecimiento de un método para evaluar de un modo tecnológicamente neutral la fiabilidad práctica y la idoneidad comercial de las técnicas de firma electrónica darán una mayor certidumbre jurídica al comercio electrónico,

Estimando que la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas constituirá un útil complemento de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y ayudará en gran medida a los Estados a formular legislación que regule la utilización de técnicas modernas de autenticación y a mejorar la legislación ya existente,

Considerando que la elaboración de legislación modelo que facilite la utilización de las firmas electrónicas de forma que sea aceptable para Estados con distintos ordenamientos jurídicos, sociales y económicos podría contribuir al fomento de relaciones económicas armoniosas en el plano internacional,

Expresa su gratitud a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber completado y aprobado la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas que figura en el anexo a la presente resolución, y por haber preparado la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno;

Recomienda que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, junto con la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada en 1996 y complementada en 1998, cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación, almacenamiento y autenticación de la información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;

Recomienda también que se haga todo lo posible por promover el conocimiento y la disponibilidad generales de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y de la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, junto con sus respectivas Guías para la incorporación al derecho interno.

85ª Sesión Plenaria 12 de diciembre de 2001

Anexo

Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Artículo 1 Ámbito de aplicación

La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto[5] de actividades comerciales[6]. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

Artículo 2 Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "firma electrónica" se entenderán 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;

b) Por "certificado" se entenderá todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma;

c) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

d) Por "firmante" se entenderá la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa;

e) Por "prestador de servicios de certificación" se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas;

f) Por "parte que confía" se entenderá la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

Artículo 3 Igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma

Ninguna de las disposiciones de la presente Ley, con la excepción del artículo 5, será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos

[5] La Comisión propone el texto siguiente para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación de lapresente Ley: "La presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas, excepto en las situaciones siguientes: [...]."

[6] El término "comercial" deberá ser interpretado en forma lata de manera que abarque las cuestiones quedimanen de toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, aunque no exclusivamente, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdos de distribución; representación o mandato comercial; factoraje ("factoring"); arrendamiento con opción de compra ("leasing"); construcción de obras; consultoría; ingeniería; concesión de licencias; inversiones; financiación; banca; seguros; acuerdos o concesiones de explotación; empresas conjuntas y otras formas de cooperación industrial o comercial; transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea o por carretera.

enunciados en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla de otro modo los requisitos del derecho aplicable.

Artículo 4 Interpretación

En la interpretación de la presente Ley se tendrán en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa esta Ley.

Artículo 5 Modificación mediante acuerdo

Las partes podrán establecer excepciones a la presente Ley o modificar sus efectos mediante acuerdo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

Artículo 6 Cumplimiento del requisito de firma

Cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje.

El párrafo 1 será aplicable tanto si el requisito a que se refiere está expresado en forma de una obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias para el caso de que no haya firma.

La firma electrónica se considerará fiable a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1 si:

a) Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
b) Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
c) Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y
d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el párrafo 3 se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona:

a) Demuestre de cualquier otra manera, a los efectos de cumplir el requisito a que se refiere el párrafo 1, la fiabilidad de una firma electrónica; o
b) Aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [?].

Artículo 7 Cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6

[La persona, el órgano o la entidad, del sector público o privado, a que el Estado promulgante haya expresamente atribuido competencia] podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen lo dispuesto en el artículo 6 de la presente Ley.
La determinación que se haga con arreglo al párrafo 1 deberá ser compatible con las normas o criterios internacionales reconocidos.
Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

Artículo 8 Proceder del firmante

Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá:

a) Actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma;
b) Sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación conforme al artículo 9 de la presente Ley, o en cualquier caso esforzarse razonablemente, para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si:

   I) El firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o
   II) Las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho;

c) Cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales.

Serán de cargo del firmante las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los requisitos enunciados en el párrafo 1.

Artículo 9 Proceder del prestador de servicios de certificación

Cuando un prestador de servicios de certificación preste servicios para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, ese prestador de servicios de certificación deberá:

a) Actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas;
b) Actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales;
c) Proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que permitan a ésta determinar mediante el certificado:

I) La identidad del prestador de servicios de certificación;
II) Que el firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado;
III) Que los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado o antes de ella;

d) Proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que, cuando proceda, permitan a ésta determinar mediante el certificado o de otra manera:

I) El método utilizado para comprobar la identidad del firmante;
II) Cualquier limitación de los fines o del valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado;
III) Si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho;
IV) Cualquier limitación del alcance o del grado de responsabilidad que haya establecido el prestador de servicios de certificación;
V) Si existe un medio para que el firmante dé aviso de que los datos de creación de la firma están en entredicho, conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 8 de la presente Ley;
VI) Si se ofrece un servicio para revocar oportunamente el certificado;

e) Cuando se ofrezcan servicios conforme al inciso v) del apartado d), proporcionar un medio para que el firmante dé aviso conforme al apartado b)

del párrafo 1 del artículo 8 de la presente Ley y, cuando se ofrezcan servicios en virtud del inciso vi) del apartado d), cerciorarse de que existe un servicio para revocar oportunamente el certificado;

f) Utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.

Serán de cargo del prestador de servicios de certificación las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los requisitos enunciados en el párrafo 1.

Artículo 10 Fiabilidad

A los efectos del apartado f) del párrafo 1 del artículo 9 de la presente Ley, para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos utilizados por un prestador de servicios de certificación son fiables, y en qué medida lo son, podrán tenerse en cuenta los factores siguientes:

a) Los recursos humanos y financieros, incluida la existencia de activos;
b) La calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos;
c) Los procedimientos para la tramitación del certificado y las solicitudes de certificados, y la conservación de registros;
d) La disponibilidad de información para los firmantes nombrados en el certificado y para las partes que confíen en éste;
e) La periodicidad y el alcance de la auditoría realizada por un órgano independiente;
f) La existencia de una declaración del Estado, de un órgano de acreditación o del prestador de servicios de certificación respecto del cumplimiento o la existencia de los factores que anteceden; o
g) Cualesquiera otros factores pertinentes.

Artículo 11 Proceder de la parte que confía en el certificado

Serán de cargo de la parte que confía en el certificado las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no haya tomado medidas razonables para:

a) Verificar la fiabilidad de la firma electrónica; o
b) Cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado:

I) Verificar la validez, suspensión o revocación del certificado; y
II) Tener en cuenta cualquier limitación en relación con el certificado.

Artículo 12 Reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras

Al determinar si un certificado o una firma electrónica producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración:

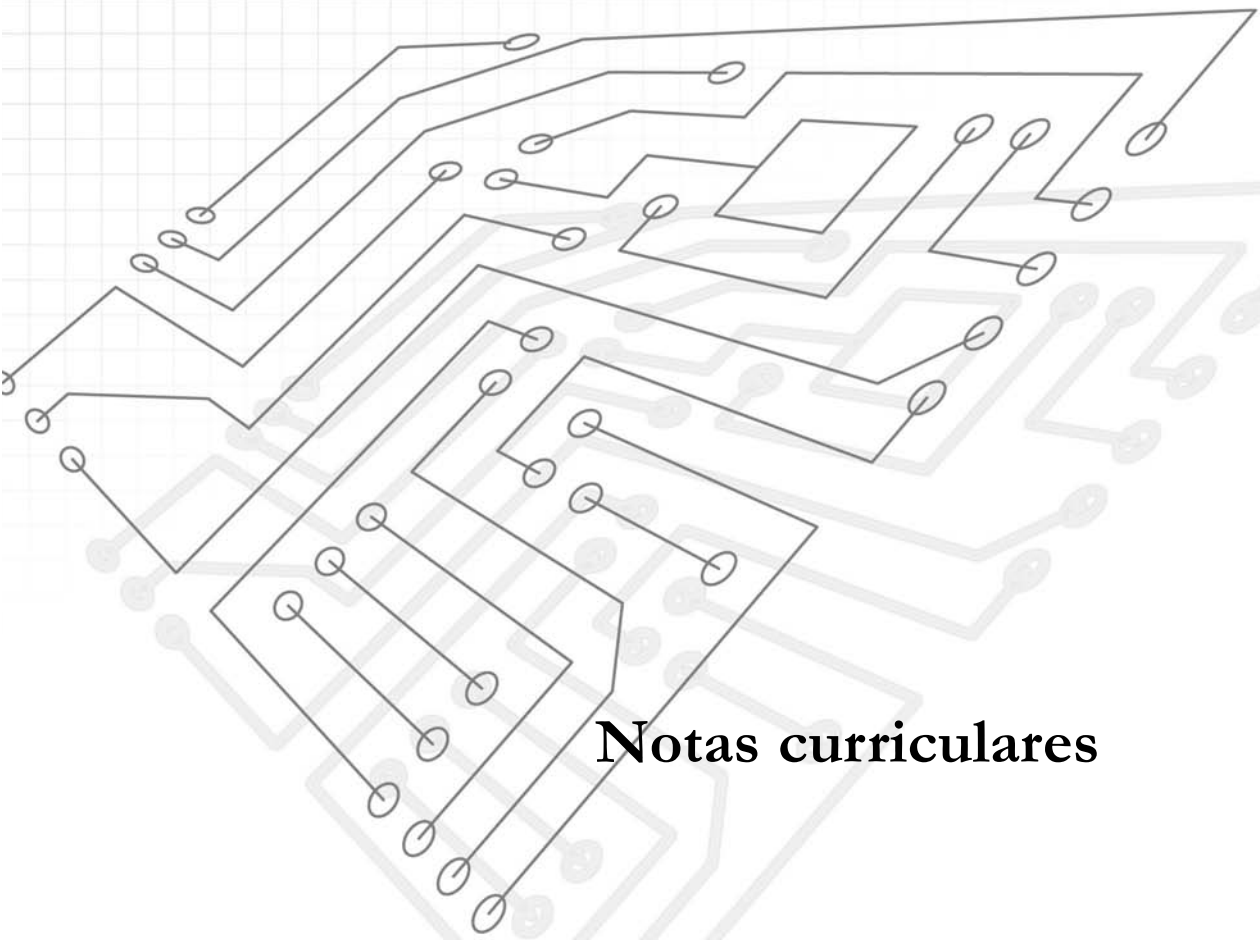
a) El lugar en que se haya expedido el certificado o en que se haya creado o utilizado la firma electrónica; ni
b) El lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante.

Todo certificado expedido fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que todo certificado expedido en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

Toda firma electrónica creada o utilizada fuera [del Estado promulgante] producirá los mismos efectos jurídicos en [el Estado promulgante] que toda firma electrónica creada o utilizada en [el Estado promulgante] si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente.

A efectos de determinar si un certificado o una firma electrónica presentan un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente para los fines de los párrafos 2 o 3, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas y cualquier otro factor pertinente.

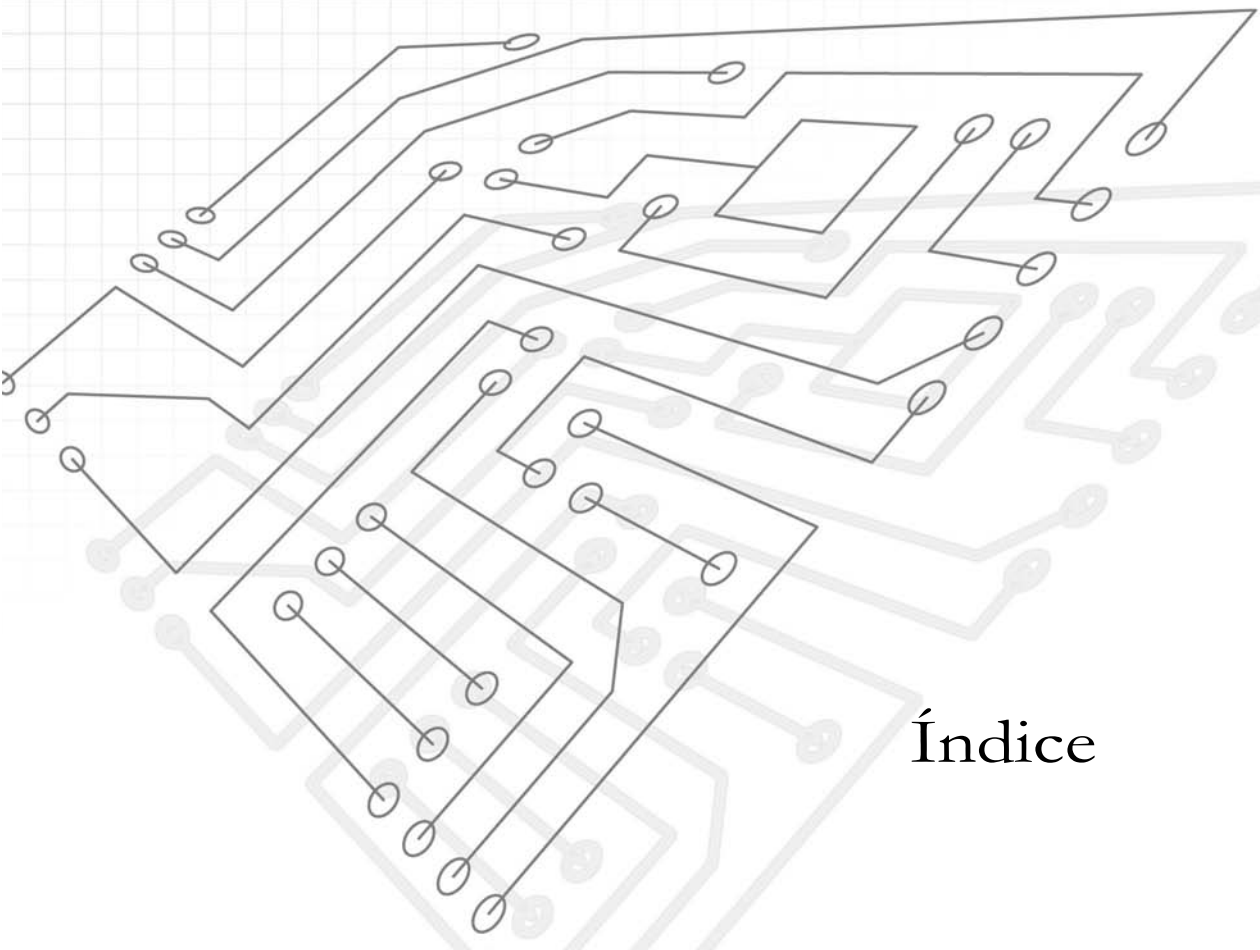
Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo.



Notas curriculares

Doctor Gaudencio Delgado Flores
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Primer profesor de Informática del posgrado de Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México, uaem y de Jurimetría en la Universidad de las Américas, UDLA, Campus México. Es Profesor de licenciatura y posgrado en diversas universidades públicas y privadas del DF, Chiapas, Chihuahua, Estado de México, Hidalgo, Sonora, Tabasco y Tlaxcala, de las materias, entre otras, Introducción a la Informática e Informática Aplicada a la Administración Fiscal. También ha sido conferenciante en cursos, coloquios, seminarios y congresos sobre temas relativos a la Informática Jurídica y el Derecho Informático, y es autor de diversas publicaciones especializadas.

Doctor Julio Téllez Valdés
Es Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Sistema Nacional de Investigación. Multiconferencista nacional e internacional. Docente en materias relacionadas al Derecho y Nuevas Tecnologías en universidades nacionales y del extranjero. Es Vicepresidente de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (fiadi). Autor de varios libros y numerosos artículos y ponencias en materia jurídico-informática. Recibió la Distinción Universidad Nacional para Jóvenes Académicos en Investigación de Ciencias Sociales, otorgada por la UNAM.



Índice

Presentación 7

Introducción a la Informática Jurídica en México
Doctor Gaudencio Delgado Flores 11

Temas Selectos del Derecho de la Informática
Doctor Julio Téllez Valdés 47

Anexo documental 137

Ley Modelo de la CNUDMI sobre
Comercio Electrónico con la Guía para su
incorporación al Derecho Interno 139

Ley Modelo de la CNUDMI sobre
Firmas Electrónicas con la Guía para su
incorporación al Derecho Interno 221

Principios sobre los Contratos
Comerciales Internacionales 313

Propuestas del gobierno de México para
la agenda de la Séptima Conferencia Especializada
de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) 593

Agenda de la Séptima Conferencia Especializada
Interamericana de Derecho Internacional Privado 595

Proyecto de Convención sobre la Utilización de
las Comunicaciones Electrónicas en
los Contratos Internacionales 599

Ley Modelo sobre Comercio
Electrónico aprobada por la Comisión de
las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional 621

Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas,
de la Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional 633

Notas curriculares 643

|**temas**|de|**derecho**|informático

Se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2006 en Talleres Gráficos de México, Canal del Norte No. 80, Col. Felipe Pescador, C.P. 06280, México, D.F. La edición en papel de 90 gramos consta de 1,000 ejemplares y estuvo a cargo de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional

ISBN 970-628-921-6