

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

CONTRATOS INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS, Y SU REGULACIÓN EN LA LEY MEXICANA

Alejandro LOREDO ALVAREZ

SUMARIO: I. *Conceptos jurídicos nuevos*. II. *Contrato informático*. III. *Contrato telemático*

I. *Conceptos jurídicos nuevos*

El acelerado desarrollo de las tecnologías ha introducido cambios en costumbres y hábitos en el entorno privado y público del hombre de fines del siglo XX. La economía, las relaciones humanas, la cultura y la política se ven tocadas por las denominadas nuevas tecnologías de la información, el gran motor de cambio de nuestra sociedad. Marshall McLuhan sostenía que “todos los artefactos del hombre, el lenguaje, las leyes, las ideas, las herramientas, la ropa y los ordenadores son extensiones del cuerpo humano. Todo artefacto es un arquetipo y la nueva combinación cultural de nuevos y viejos artefactos es el motor de todo invento y conduce además al amplio uso del invento, que se denomina innovación”. Un ejemplo, la civilización Maya, inventaron el concepto del cero, hecho que según los expertos precedió al descubrimiento equivalente hecho por los hindúes, y también desarrollaron un calendario a base de agudas observaciones científicas y cálculos muy precisos. El cero maya, concepción prehispánica insertada hoy en el cosmos digital.

Un concepto amplio de la Sociedad de la Información nos llevaría a definirla, de acuerdo con Javier Cremades en un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera.

La incorporación de estos nuevos medios a la vida económica y social supone una serie de ventajas, como por ejemplo, mayor eficiencia empresarial, aumento de elección de usuarios así como nuevas fuentes de ingresos. Sin embargo también se crean incertidumbres en el mundo jurídico, por desconocimiento mismo de manejo del propio fenómeno.

El derecho no puede permanecer ajeno al cambio tecnológico, éste debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas del uso de las nuevas tecnologías de la información. Preocupa, como ha quedado planteado, ante la irrupción de la informática en la sociedad y su influencia sobre las relaciones jurídicas, la necesaria elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho a tal impacto, el cual produce, sin duda, una importante transformación en el conjunto del orden jurídico tradicional, y que convoca a los estudiosos de derecho a la construcción de normas y principios teóricos que respondan a las necesidades reales dirigiéndose hacia la concentración en un mismo sistema de disposiciones y regulaciones dispersas que las necesidades de nuestro tiempo imponen. A una observación correcta de los inéditos fenómenos surgidos por este uso están obligados nuestros legisladores para que sean reconocidos mediante una legislación clara y útil.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Podemos decir, en pocas palabras, que la informática es el conjunto de técnicas que nos posibilitan la manipulación rápida (automática) de información; lisa y llanamente eso es la informática.

Es evidente el servicio que presta la informática al derecho, que en sus funciones particulares se denomina "informática jurídica", la cual comprende los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico. Julio Téllez la define como la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la Información general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como a la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación destinadas al tratamiento lógico y automatizado de la información para una adecuada toma de decisiones. En otras palabras, es ver el aspecto instrumental dado a raíz de la informática en el derecho.

Para Daniel Ricardo Altmark, el derecho informático "es el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática." Así, se propone como derecho informático el conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la correspondencia entre el Derecho y la Informática. Es la rama del derecho especializado en la temática de la informática, sus usos y aplicaciones y sus implicaciones legales.

El derecho informático tiene dos facetas, un lado a la informática jurídica, y otro, el derecho informático; que constituye el conjunto de normas, aplicaciones, procesos, relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática. Es decir, que la informática en general desde este punto de vista es objeto regulado por el derecho, así se puede apreciar la siguiente dicotomía:

a) La informática, instrumento del derecho. Cuando la informática se convierte en herramienta del derecho, estamos en presencia de la informática jurídica y, entonces, nos encontramos ante un tema que se refiere a los distintos usos y servicios que la informática puede prestar.

b) El derecho informático. Conjunto de normas jurídicas relativas a lo que nosotros denominamos la "materia informática", que es, precisamente, todo lo concerniente a la informática, sea de carácter material, como el hardware, sea de carácter inmaterial, como el software.

Asimismo integran el derecho informático las sentencias de los tribunales sobre materias informáticas y las proposiciones normativas, es decir, los razonamientos de los teóricos del derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática⁵ y, en este sentido, es claro que el derecho informático altera la concepción tradicional de la clasificación del orden jurídico, toda vez que, dentro de sus contenidos temáticos entran, sin lugar a duda, aspectos tanto de derecho privado como de derecho público. De cualquier manera, la estructura temática del llamado derecho informático, es aún tarea por hacerse.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

El Derecho Informático alude únicamente a la informática, como tratamiento de la información por medios automatizados; y expresiones tales como Nuevas Tecnologías, por ello, la doctrina apunta a que el término descriptivo más afortunado es "Derecho Tecnológico", ya que dentro de tecnológico se engloban tanto las nuevas como las no tan nuevas tecnologías y, por supuesto, la informática.

II. Contrato informático

El derecho de obligaciones y contratos distingue entre contratación informática y contratación electrónica o por medios electrónicos. Distinción que poco ayuda para una definición del contrato informático al confundirlo o tratarlo como un contrato tradicional.

La contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos no tienen una calificación uniforme que la puedan situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en nuestro código civil, y el desconocimiento por el usuario, en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no se pueda basar todo en el principio general de la autonomía de la voluntad de los contratantes

Cabe recordar que en nuestro derecho positivo mexicano, convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derecho toman el nombre de contratos. Para la existencia del contrato se requiere el consentimiento de las partes y que el objeto pueda ser lícito y existir en el comercio. Cuando el objeto de esos derechos y obligaciones incide en dar, hacer o no hacer algunas de las modalidades de los bienes o servicios informáticos, pueden hablarse de contratos o convenios informáticos.

Todos los contratos a los que hacemos referencia y que llamamos popularmente informáticos, los tenemos que encuadrar en la teoría general de los contratos, ya que los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia no existen.

Se puede considerar a los contratos informáticos como el resultado de una moderna tipología contractual que respondiendo a la alta complejidad del objeto de aquellos, el alto nivel de concentración del mercado internacional de tecnología informática, y el evidente desequilibrio entre las partes con referencia al dominio de la tecnología ha estructurado normas, principios e instituciones que responden a dicha problemática como la etapa precontractual en la elaboración de este contrato y que la doctrina y legislaciones de otros países le otorgan una gran importancia.

Miguel Ángel Davara Rodríguez define el contrato informático como aquél cuyo objeto sea un bien o servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático. De igual forma, Catherine Mantilla Sánchez¹⁰ nos señala sobre estos contratos que son aquellos que establecen las relaciones jurídicas respecto de las prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso y/o goce de bienes informáticos, y prestar servicios informáticos. En este sentido también concluye Julio Téllez Valdés.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

La palabra prestación se entiende aquí en un sentido muy amplio y puede significar la transferencia de un derecho sobre un objeto o la ejecución de una obra o de uso o inclusive a veces de un servicio por parte del proveedor.

Se entiende por bien y por servicio informático:

Bienes informáticos: son todos aquellos elementos que forman parte del sistema, en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos. También se consideran como tales los bienes inmateriales que proporcionan los datos, instrucciones etc.

Servicios informáticos: aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento de la actividad informática.

Los contratos informáticos constituyen la unión de contratos, como la compra venta, alquiler leasing, llave en mano, licencia de uso, entre otros, en donde para transferir los bienes informáticos se unen mas de un contrato. Coincidimos como se dijo antes, con Davara Rodríguez al exponer que los contratos informáticos como tales, con una tipicidad única y propia no existen y que han de encuadrarse dentro de la teoría general de los contratos.

Entre las características propias de este tipo de contratos están la de ser innominados. La particularidad de los mismos, se da en:

- a) La especialidad de sus aspectos técnicos,
- b) La imprecisión del vocabulario técnico-jurídico y,
- c) La estructura de los contratos.

De igual forma, no es fácil determinar los objetivos de los contratos informáticos al enfrentar la siguiente complejidad:

- 1) Establecer claramente la responsabilidad de cada una de las partes en la implementación del proceso;
- 2) Construir descripciones legales y técnicas claras que permitan a las partes entender los términos de la relación;
- 3) Crear medidas cuantitativas de rendimiento factible;
- 4) Imponer normas que contemplen posibles contingencias y su solución, y;
- 5) Acordar medios o recursos a los que se apelará en caso de que el sistema fracase.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Podemos decir, que los contratos informáticos contemplan dos aspectos:

- i) La descripción del trabajo a realizarse y el precio que se paga, y;
- ii) La regulación de las posibles contingencias, además el rendimiento y los plazos de entrega son puntos básicos que deben ser negociados y pactados cuidadosamente.

Examinamos a continuación las particularidades del contrato informático:

1.- Es de tipo complejo.- surge de una serie de enlaces jurídicos, al encontrar diversos contratos como la compra venta de hardware y de software, leasing licencias de uso y mantenimiento.

2.- Es un contrato atípico.- Carece de regulación propia, sin embargo se sujeta a la teoría general de los contratos.

3.- Es principal. No depende de otro contrato que le sea precedente. Tiene vida propia.

4.- Es consensual. Sin embargo en la práctica se celebra por escrito dada su importancia económica de los diferentes derechos y obligaciones que se derivan de su existencia.

La complejidad, especificidad y trascendencia de los contratos informáticos requiere revisar los distintos momentos de la relación contractual, entre ellos destaca la etapa contractual, al cual la doctrina y las leyes de diversos países tratan más que de una manera superflua. Esta etapa reviste características específicas debido a la complejidad del objeto de los contratos informáticos. Nuestro código civil no contiene disposiciones relativas a esta etapa previa a la formación del contrato.

Las partes en los contratos informáticos son los proveedores y usuarios.

En el derecho europeo se habla de *deber de consejo* del proveedor, a quien le corresponde el rol más activo por tener el deber de informar y aconsejar al usuario eficazmente, con referencia al contenido global de su propuesta de solución. Esta obligación, ente otros aspectos, tendientes a evitar el *overselling* o el *underselling*, esto es, la venta de un sistema que supere injustificadamente o tenga menos capacidad que la indicada conforme a las necesidades del usuario a resolver, se funda en el evidente desequilibrio existente entre las partes, ya que el proveedor es un especialista en informática, mientras que el usuario, generalmente, y a pesar de su obligación de asesorarse, se halla desprovisto de los conocimientos técnicos pertinentes.

En la práctica comercial nacional el *deber de consejo* se equipara a la preventa y prueba de conceptos, donde el proveedor otorga el uso temporal de cierto equipo al cliente para saber si es el adecuado a sus necesidades y requerimientos. Julio Téllez Valdés explica que...las relaciones precontractuales se dan a través de dos figuras que son el

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

estudio previo de oportunidad, y el estudio de viabilidad, la primera es el análisis que hace el usuario de sus necesidades y la segunda, es la evaluación de las aplicaciones informáticas hacia el usuario, a cargo del proveedor.

El usuario, que por regla general, es profano en materias informáticas se encuentra en algunas ocasiones imposibilitado de discutir las estipulaciones del contrato. Esta imposibilidad se fundamenta principalmente en el desequilibrio económico que se presenta entre las partes.

La Ley Federal de Consumidor en su artículo 85 define por contrato de adhesión al documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

III. Contrato telemático

Se define a la telemática como la integración de las tecnologías de la *telecomunicación* y la *informática*. Entre otros aspectos se centra en el estudio, diseño y gestión de las redes de ordenadores a varios niveles, desde el nivel físico (redes de acceso, redes inalámbricas, redes ópticas) hasta niveles más lógicos (protocolos)

Las expresiones contratos electrónico o telemáticos son sinónimos por referir a la aplicación de las tecnologías de las telecomunicaciones y la informática en el ámbito contractual. Siguiendo a Ricardo Lorenzetti, el contrato telemático se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, sea en una o en las tres etapas en forma total o parcial. El medio incide en la etapa de formación y transmisión de la voluntad contractual y en el modo de celebración.

Recordamos que doctrinariamente el contrato informático tiene por objeto un bien o servicio informático, y si celebramos un contrato de ese tipo mediante un medio electrónico se denomina contrato telemático.

Sostenemos que el contrato telemático o electrónico no se limita al objeto de un bien o servicio informático, es más que eso, es aquel contenido en soporte electrónico y perfeccionado también digitalmente. La particularidad distintiva de los contratos concluidos por medios electrónicos o telemáticos, a través del envío de mensajes recíprocos entre las partes, se encuentra precisamente en el vehículo utilizado para la emisión de las correspondientes declaraciones de voluntad, circunstancia de la que derivan los condicionamientos para su admisión y las peculiaridades de su régimen.

En este sentido, coincidimos con Pinochet Olave que el contrato electrónico es el contrato escrito contenido en soporte electrónico y firmado digitalmente por las partes. Su

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

forma electrónica no es requisito *sine qua non* para existir, pues elevaríamos el soporte material a elemento de existencia, olvidándonos del consentimiento expresado en ese medio que es la característica determinante de su clasificación.

Su clasificación dentro de los contratos:

Es un contrato sinalagmático, produce obligaciones para ambas partes; oneroso, crea ventajas y cargas recíprocas; conmutativo, desde que se celebra las prestaciones que se deben los contratantes son ciertas; innominado, no se encuentra regulado en la legislación formal, se requiere de la formalidad de hacerlo constar por "escrito" digitalmente.

En relación con otros contratos: es simple, produce las obligaciones típicas del mismo contrato; principal, existe por si mismo, tiene autonomía jurídica; definitivo, termina al cumplirse la finalidad que persiguen las partes.

En virtud de que la naturaleza del contrato electrónico se encuentra en la expresión de la voluntad (consentimiento) en ese medio inmaterial, la doctrina argumenta que más que contratos electrónicos existen contratos electrónicamente consentidos, contratos en que la voluntad se expresa electrónicamente, por lo que la diferencia de un contrato tradicional de un contrato electrónico es tan solo la formación del mismo, la forma de prestación del consentimiento. Lo cierto es que, si solo la oferta es electrónica, el contrato no lo será, ya que para considerarse electrónico debe celebrarse o perfeccionarse de ese modo, tal y como lo preceptúa nuestro Código comercial:

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

Sabido es que, en nuestro ordenamiento, rige el principio de libertad de forma, bastando el mero acuerdo de voluntades para la perfección del contrato, tal como ponen de manifiesto los artículos 1832, 1833 y 1834 del Código Civil para el Distrito Federal, y el artículo 78 del Código de Comercio.

El fundamento anterior es exacto y aplicable a los contratos tradicionales por escrito. Pero, ¿si la propuesta se da mediante un medio electrónico y la respuesta en papel y lápiz o viceversa?, ¿se llena el requisito para denominarlo contrato electrónico?, acudamos a las reglas generales contractuales, regresemos a lo básico del asunto. Las categorías tradicionales de la contratación no son suficientes hoy para explicar las nuevas clases contractuales, aunado al inmutable sistema de oferta y aceptación para la formación del consentimiento en nuestros códigos. No obstante, sostenemos que el contrato telemático o electrónico no se limita al objeto de un bien o servicio informático, es más que eso, es aquel contenido en soporte electrónico y perfeccionado también digitalmente.

En el perfeccionamiento mismo de las voluntades puede estar la luz al final del túnel, la teoría general del contrato ha sido construida al amparo del principio de autonomía de la

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

voluntad y consecuentemente en la libertad de forma del acto jurídico, y también recordar: si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá está sobre aquella. Art. 1851 C.C.

La contratación y el comercio electrónico representan una nueva modalidad constitutiva de obligaciones, no una nueva fuente de la obligación, sino una nueva forma de expresión de la voluntad derivada de los avances tecnológicos inicialmente comentados. No puede decirse que la validez de los contratos electrónicos se encuentre apremiamente supeditada a la existencia de un convenio por escrito entre los contratantes, reconociendo preventivamente la eficacia del procedimiento; no se trata de un problema de validez, sino de riesgo contractual. El receptor de un mensaje electrónico que, sin un acuerdo precedente, le otorga la consideración de declaración de voluntad, se expone a la contingencia de encontrarse sin autor a quien imputar la manifestación o, aún hallándolo, a la eventualidad de no resultar atribuible a la misma la cualidad de oferta o aceptación negocial.

En el ámbito de la Teoría General del Contrato, el acuerdo contractual atraviesa tres etapas: la generación, la perfección y la consumación. La primera está referida a los llamados tratos o negociaciones preliminares y al proceso interno de la formación del contrato; la segunda, al nacimiento mismo del acuerdo al quedar perfeccionado por el concurso de la oferta y la aceptación, y la tercera, a la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del contrato, siempre sobre la base de las expectativas de cumplimiento que tienen las partes al momento de celebrar el contrato.

Los aspectos jurídicos del comercio electrónico se centran en la seguridad jurídica. Éste al ser, inherentemente global y virtual, carecer de fronteras y tiene la particularidad de ser percibido como extremadamente inseguro, percepción que se ve forzada por la carencia de leyes susceptibles de cuidar el nuevo mundo.

En suma, es esencial la identificación del emisor del mensaje, la integridad de los datos y su no repudio. Pero las dificultades no sólo provienen de las características del medio, sino que surgen, además de la necesidad de balancear la coacción de la ley y los derechos individuales de los particulares.

Las anteriores situaciones se han tratado jurídicamente al implementar a nivel mundial la ley modelo sobre comercio electrónico preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobada mediante la resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. Posteriormente, en 1998, fue agregado el art. 5° bis relativo a la incorporación por remisión de los mensajes de datos. El objetivo esencial de la ley modelo fue elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación de sus legislaciones sobre la materia, al tiempo que constituyera un instrumento internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones. Otro de sus objetivos fue el de conceder un trato equivalente a la información contenida en soporte de papel y digital.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

La ley modelo de UNCITRAL ha tenido en los foros internacionales, y sobre nuestros legisladores una guía para ajustar al Código de Comercio en el tema del comercio electrónico, tal y como se aprecia en los siguientes preceptos reformados:

Artículo 4.- Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles.

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

Artículo 89 bis.- No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.

Artículo 94.- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo.

En contraparte a los artículos 89 bis y 94 de nuestro código comercial, la Ley de Uncitral refiere:

"No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza probatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos" (Art. 5);

Que "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" (Art. 6)

Y que el requisito legal de la firma es suplido con el mensaje de datos si se utiliza un método de identificación tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos (Art. 7).

El ámbito de aplicación de la ley modelo está delimitado en el artículo 1, que establece que se aplicará a toda información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales. En el artículo que le sigue brindan una serie de definiciones entre las que se encuentra la del concepto "mensaje de datos". Así, especifica que se trata de cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, e incluye dentro de la noción a las redes cerradas y abiertas y otros medios de comunicación electrónica. En sus considerandos se dice que se decidió denominarla "ley sobre comercio electrónico" a modo de ampliar su ámbito de aplicación no solo a los EDI sino a todas las formas de transmisión de mensajes electrónicos comerciales. De hecho, la incorporación de un

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

concepto tan genérico obedeció a que, de otro modo, podrían suscitarse inconvenientes en la futura interpretación de la norma, ya que un mensaje puede originarse como una comunicación verbal y recibirse en forma de fax o puede originarse como fax y ser recibido directamente en la computadora del usuario en formato digital.

A los Estados que adoptan esta ley modelo se les sugiere promulgar ordenamientos (reglamentos) que definan el uso de las distintas tecnologías utilizadas, tratando de mantener la aplicabilidad de la ley, adoptando el criterio de equivalencia funcional entre los conceptos tradicionales de firma, escritura y original y el moderno alcance de estos términos. La equivalencia se determina en cuanto a la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la instrumentación de los actos jurídicos.

En lo relativo a la formación de los contratos, la ley modelo prevé en forma genérica que las partes pueden realizar y aceptar la oferta por medio de un mensaje de datos, a menos que ellas dispongan lo contrario. En el mismo artículo se establece, que no puede negarse fuerza obligatoria a un contrato por el solo hecho de que en su formación se hayan utilizado mensajes de datos. Paralelamente, la Comisión Europea se ha pronunciado sobre este punto en la propuesta de la Directiva 2000/31/ CE sobre comercio electrónico²⁵, artículo 9, inciso 1, "Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica."

La Sección Tercera de la Directiva se refiere a los Contratos por vía Electrónica. En el artículo 11 se expone el principio de la teoría de la recepción, "Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes: 1.- el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,"

De la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel, la ley modelo sobre comercio electrónico enuncia el principio de la equivalencia funcional (art. 5). La equivalencia funcional, en palabras claras de Mariliana Rico Carrillo:
26

Se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto de todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. La equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

La ley modelo sobre comercio electrónico aborda cinco problemas de equivalencia funcional: el documento escrito, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos.

En un mundo sin fronteras físicas, los contratantes no saben a que extrañas leyes sujetarse. El momento y el lugar en donde debe considerarse realizada y aceptada la oferta constituyen uno de los principales inconvenientes que presenta la contratación en el comercio electrónico. Las partes contratan sin tener en consideración el sitio en donde están ubicados físicamente los sistemas de información que permiten la comunicación; es más, la ubicación de los servidores podría modificarse sin que ellas advirtieran esa circunstancia. El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no este bajo el control de quien lo ha enviado, salvo disposición expresa de las partes (Art.15). Asimismo, considera recibido el mensaje de datos cuando éste ingresa en el sistema de información designado por el receptor o cuando este último lo recupera.

El tiempo y lugar de envío del mensaje de datos fija el tiempo y lugar de la celebración del contrato. Elementos fácticos que las legislaciones nacionales e internacionales usan para determinar el nacimiento de las obligaciones contractuales y la legislación aplicable y los Tribunales competentes. La Ley Modelo no se pronuncia por ninguna de las doctrinas al respecto de cuál es el momento de celebración del contrato, marca los criterios para indicar en lo posible el hecho generador del mismo, es decir, tanto el momento en que se considera realizada la oferta como el de la aceptación; el instante de celebración del contrato será el de la emisión, la recepción, la aceptación o el efectivo conocimiento.

La oferta es recibida por el aceptante cuando el mensaje de datos que la contiene entra en el sistema de información designado por el aceptante; el mismo criterio se establece para la aceptación, que se entiende recibida cuando entra en el sistema de información del oferente; no se regula sobre el contenido del mensaje de datos sino sobre la forma de expresión de los contenidos contractuales, ya se trate de la oferta o de la aceptación o de cualquier otro tipo de comunicación entre ellas o entre personas que no otorgan un contrato sino que solamente establecen una comunicación por medio de este tipo de mensajes. Se prevé además la situación de que el mensaje fuera enviado a otro sistema, caso en el cual se considera recibido en el momento en que el destinatario lo recupere. Si el oferente no designó un sistema de información la aceptación se considerará recibida cuando entra en el sistema de información del oferente, es decir, el que es conocido por tal, al igual que sucede con el mensaje del aceptante, respecto a la oferta.

Teniendo en cuenta las reglas de interpretación establecidas en la propia ley modelo según el cual podemos entender que los principios que la inspiran y la necesidad de promover la uniformidad hacen aplicables a todos los contratos las reglas establecidas para las compraventas de mercaderías, Art. 3, 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 ella se inspira."

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

El momento del nacimiento del contrato, es decir, de su perfección, permite conocer a partir de qué momento el contrato existe, así como determinar cuál es la ley aplicable a la capacidad de las partes contratantes, cuál es la norma aplicable en el supuesto de modificaciones legislativas ocurridas durante la formación del contrato, determinar los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad en el caso de contratos sometidos a condición, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del contrato, los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de los acreedores, etc.

La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1988) señala como el momento de perfeccionamiento del contrato el de la recepción de la aceptación, por parte del oferente. "El contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención" (artículo 23). A su vez, el artículo 18, dispone: 1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción por sí solos no constituirán aceptación. 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente."

Nuestro Código Civil en su artículo 1807 señala que el contrato se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación, y el Código de Comercio en su artículo 80, ya mencionado, coinciden con el principio de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías al ajustarse a la teoría de la recepción. En México, tanto en materia civil como en materia mercantil, el contrato se forma en el momento en que el oferente reciba la aceptación.

En cuanto al valor probatorio, el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 210-A y el Código de Comercio en su artículo 1205 nos da el reconocimiento como tal

En cuanto a la protección de los consumidores en estas vías no convencionales, la Ley Federal de Protección al Consumidor, ley de orden público, dispone una serie de garantías en su artículo 76 BIS, apartado relativo de los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología (*Capítulo adicionado DOF 29-05-2000*):

La legislación mexicana reformada con base en la ley modelo de Uncitral sobre los aspectos del comercio electrónico, es idónea y efectiva para enfrentar el comercio electrónico con relativa seguridad, el marco jurídico que rige el contrato de compraventa no impide a los mensajes o intercambios de información electrónicos surtir efectos jurídicos como oferta y aceptación, ni para que se perfeccione un contrato por ese medio. La certeza legal se puede obtener en ofertas hechas a personas determinadas, es su respaldo en contratos escritos en los que se precisan las condiciones de la venta, la validez de los mensajes electrónicos, las claves de identificación y la manera de resolver los conflictos surgidos en caso de controversia. La seguridad jurídica que los operadores de comercio electrónico pueden tener ahora, depende principalmente de que sus páginas o tiendas virtuales tengan la información jurídica adecuada y necesaria para el tipo de ventas que pretenden realizar. Ojala y los fedatarios públicos pierdan el miedo a enfrentar

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

esa marea invisible que permea las actividades humanas y se atrevan a sumergirse en ella, a pesar del riesgo de ahogarse.

Un aspecto importante, es que la ley como está hoy día permite la integración y reconocimiento de pruebas por parte de los jueces en los juicios originados como motivo de la controversias surgidas en ese interminable tianguis electrónico de bienes y servicios.