

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

LOS DERECHOS IGNORADOS DEL CONSUMIDOR MEXICANO

EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Alejandro LOREDO ÁLVAREZ

SUMARIO: I. *La actividad comercial.* II. *El comercio electrónico.*
III. *El consumidor en el entorno digital.*

I. La actividad comercial

El hombre empezó con el trueque. Hoy, basta con presionar el teclado de la computadora y hay comercio.

Estamos en el tiempo de la tecnología, es su espacio. La tecnología es una de las expresiones de la actividad del ser humano referida a la producción de métodos o artefactos. Corresponde a la dimensión de la actividad humana que los griegos llamaban "*poiesis*", que podemos traducir como "hacer" y que se refiere a producir. Como tal, forma parte de la cultura. Proviene de la aplicación de la razón a determinados medios, en vistas a conseguir de manera eficaz algo útil. Como tal, está subordinada a las dimensiones más esenciales de la actividad humana, en la búsqueda de la verdad y del bien.

Las transacciones en Internet se han convertido en una práctica cotidiana para la mayor parte de los consumidores en los países desarrollados y en los de vías de desarrollo, los consumidores todavía no se habitúan a esa nueva forma de adquirir productos y servicios, situación que se traduce en un obstáculo para el comercio en Internet. Sin embargo, es de esperarse que con el tiempo cada vez más y más consumidores de estos países se acostumbren al comercio electrónico.

La génesis del comercio se pierde en el tiempo mismo, reducido al acto del cambio directo, o sea del trueque de unas cosas por otras, se remonta a los tiempos bíblicos, porque los primeros hombres que poblaron la superficie terrestre, no pudiendo vivir en absoluto aislamiento para librarse de las fieras, ni bastarse a sí mismos para afrontar sus necesidades, tuvieron que reunirse en familias para formar tribus y comerciar entre sí, permutando los productos del trabajo de cada uno por el producto del trabajo de cada semejante; pero si consideramos el comercio desde un punto de vista más amplio, o sea desde que varias personas se dedicaron exclusivamente a él, constituyendo la profesión de mercaderes, entonces su origen debe buscarse en las épocas posteriores al singular cataclismo conocido con el nombre de Diluvio Universal.

Entre la Ilustración y hoy, entre la Enciclopedia y la Red, se ha ido gestando a una velocidad uniformemente acelerada el progreso científico y su aplicación a la vida, lo que solemos llamar «tecnología» con evidente distorsión semántica. La máquina de vapor, la energía eléctrica y la nuclear, el petróleo o los gases van en paralelo con el ferrocarril, el automóvil, la aeronáutica y los viajes espaciales. La imagen gráfica es captada por el daguerrotipo, la fotografía con placa y luego con rollo de celuloide, el cinematógrafo y la

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

televisión, mientras la sonora se apresa en el cilindro de cera, el disco, la grabación magnética y la digital. La investigación genética nos ha hecho conocer nuestra estirpe, la parte de nuestro yo que heredamos, el genotipo, como la psicología profunda ha permitido al hombre cumplir el viejo consejo de la filosofía, conocerse a sí mismo.

El acelerado desarrollo de tecnologías introdujo cambios en costumbres y hábitos del 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, es el gran motor de cambio de nuestra sociedad. La tecnología representa progreso, cambio y mejoras en las condiciones de vida. La evolución tecnológica es fundamental el desarrollo social, así lo ponen de manifiesto ciertos hechos que de alguna manera u otra han cambiado la historia de la humanidad, tal es el caso de la invención de la imprenta, el telégrafo, el teléfono, la radio, el televisor y el computador.

El desarrollo de las tecnologías de la información comienza a partir de los años '70 con el procesamiento de la información, el uso de la electrónica y el *software*. En sentido técnico, el término tecnologías de la información, se refiere a la confluencia de las tecnologías de cálculo con el propósito de manejar y tratar la información, incluyendo todo aquello que implique la creación y procesamiento de señales digitales, el uso de hardware y *software*, la cibernética, los sistemas de información, las redes, la inteligencia artificial y la robótica.

Las tecnologías de la comunicación permiten el transporte de la información de un sitio a otro del planeta, sin importar destino u origen, aumentando el volumen de información que podemos manejar y la velocidad con que podemos obtenerla, lo cual facilita, entre otros, el progreso de la tecnología de las empresas y la agilización de las relaciones comerciales con los adquirentes de los bienes al mejorar el servicio, la calidad de los productos y la atención al cliente.

Esta globalización o mundialización, que vista con perspectiva histórica es una tendencia arraigada en lo más hondo de la Humanidad, empezó a hacerse posible con la primera expresión de globalización: el descubrimiento de América por la Corona de Castilla. El fenómeno se ha acelerado y hoy adquiere un protagonismo indudable, convirtiéndose en clave para comprender nuestro entorno. Con cierta miopía se ha querido reducirlo al ámbito económico, y así Thomas Friedman ³⁵⁵ lo ha descrito como la inexorable integración de los mercados, de los Estados-Nación y de las tecnologías a un nivel nunca antes presenciado, de forma que permite a las personas, a las empresas y a los Estados-Nación llegar al mundo más lejos, de forma más rápida, más profunda y más barata que nunca. Como presupuestos jurídicos están, por una parte, la ciudadanía común, universal, y por otra, un espacio judicial sin fronteras, con una lengua de todos, que durante muchos siglos fue el latín y que hoy es el inglés. Los mitos desmochados

³⁵⁵ Friedman, Thomas, *The lexus and the olive tree*, New York, First Anchor Books, 1999, p. 9

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

serían dos, muy relacionados entre sí: uno, la noción de soberanía, ligada al nacimiento del Estado en la Edad Moderna, y el otro, la Nación.³⁵⁶

Ahora bien, la globalización es algo más, mucho más³⁵⁷. Tiene como fundamento una estructura económica pero es en definitiva un fenómeno político, con aspiraciones propias y que, para conseguirlas, tiende a romper los mitos que le unen al pasado. La finalidad suprema, su utopía es la paz y concordia mundial, una versión corregida y sobre todo aumentada, de la *pax romana*³⁵⁸ que señoreó el mundo mediterráneo dos milenios atrás.

La utilización y el desarrollo de las TIC junto con el desarrollo de la sociedad de la información, han propiciado un cambio importante en el ámbito comercial, al redefinir el concepto tradicional del comercio nacional e internacional para hablar ahora de un comercio electrónico, digital o virtual. La asociación que se ha producido entre la informática y las comunicaciones ha cambiado la mentalidad empresarial al ofrecer una amplia gama de beneficios y posibilidades a las relaciones comerciales; las redes de comunicación son cada vez más accesibles y a menor costo, esto permite multiplicar la actividad comercial gracias a innovadores métodos de negocio basados en la reducción de tiempo y disminución de la distancia, situación que implica la apertura de nuevos mercados y la presencia de un nuevo ambiente competitivo; se trata de un escenario de actuación comercial diferente, donde la comunicación interactiva potencia el comercio de geográfica por el otro, al reducirse las distancias entre proveedores y adquirientes de bienes y/o servicios.

En la actualidad Internet puede considerarse como un medio de comunicación global y una plataforma para la comercialización a gran escala de bienes y servicios, al menos desde el punto de vista de los países industrializados. Internet, al no tener una estructura definida y constante, no es propiedad exclusiva de nadie.

En palabras de Kevin Kelly³⁵⁹, lo propio de nuestro momento no es la computación entre computadoras. En lo que estamos embarcados ahora es una nueva mediamorfosis, en la reivindicación de los modos de comunicar que son los propios de la cultura, y es aquí donde entra la nueva economía.

³⁵⁶ Véase Cremades Javier et al (coords), La nueva ley de internet, Madrid, la Ley- Actualidad, 2003, colección Derecho de las Telecomunicaciones, p. 12.

³⁵⁷ Entendemos por "globalización" el proceso político, económico, social, cultural y ecológico que está teniendo lugar actualmente a nivel mundial, gracias al cual cada vez existe una mayor interrelación económica entre los diferentes países, por alejados que estén, siempre bajo el control de las grandes empresas multinacionales.

³⁵⁸ (latín) constituye un largo periodo de paz impuesto por el Imperio Romano a los pueblos por él sometidos. La expresión proviene del hecho de que la administración y el sistema legal romanos pacificaron las regiones que anteriormente habían sufrido disputas entre jefes, tribus, reyes o ciudades rivales (por ejemplo, los interminables conflictos entre ciudades griegas o tribus galas).

³⁵⁹ Kelly Kevin, Las nuevas reglas de la nueva economía, México, 1999, edit. Garnica, p. 13

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

II. El Comercio Electrónico

La esencia del concepto de comercio electrónico no es fácil. Cuando la gente escucha comercio electrónico en una primera instancia lo asocia directamente a las ventas que realiza una empresa a través de Internet. Sin embargo, esto es un elemento particular del caso más general de cualquier forma de operación o transacción comercial llevada a cabo a través de medios electrónicos.

El Comercio electrónico es un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos, como el fax, el télex, el teléfono, los EDI (*electronic data interchange*) e Internet. Sin embargo, limitaremos su alcance y consideraremos al comercio electrónico como la parte del comercio que se desarrolla a través de redes (cerradas y abiertas) mediante la relación entre oferta y demanda, para lo cual se utilizan herramientas electrónicas y telecomunicaciones, con el objeto de agilizar el proceso comercial por medio de la reducción de tiempos y de costos. Abarca, por lo tanto, todas las formas en que puede desarrollarse el comercio, es decir, entre Estados, entre Estados y empresas, entre Estados y particulares, entre empresas, entre empresas y consumidores y entre consumidores.

El término *e-commerce* es la contracción del término anglosajón *electronic commerce*. Son múltiples las definiciones sobre el comercio electrónico, a continuación presentamos las más relevantes para nosotros.

El Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América al referirse al *e-commerce*, distingue el comercio electrónico entre empresa, el suministro y servicios digitales y la venta a detalle de bienes físicos³⁶⁰, mientras que la Unión Europea se refiere al comercio electrónico sobre bienes tangibles e intangibles, al comercio electrónico entre empresas y al comercio en Internet.

La OCDE, se refiere al comercio electrónico como: "El comercio electrónico generalmente referencia todas las formas de transacciones relativas a actividades comerciales, incluyendo tanto organizaciones como individuos, que están basadas en el procedimiento y transmisión de datos digitales, incluyendo texto."³⁶¹

La Comisión Europea define al comercio electrónico como cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y *on-line* de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío *on-line* de servicios como publicaciones, *software* e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (*Trade Sharing*), subastas y servicios post-venta.

³⁶⁰ Véase, www.ecommerce.gov

³⁶¹ Véase, www.ocde.org

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

No obstante, coincidimos con las definiciones del concepto de *Newman* y de *Fernández Delpech*. Para *Susana Nexman*³⁶² es:

Cualquier transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación. En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo incluye la compraventa electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para otras actividades como publicidad o búsqueda de información, atención al cliente, etc.

*Fernández Delpech*³⁶³ simplifica más la idea:

Nosotros definiríamos al comercio electrónico como cualquier intercambio de datos relacionados directa o indirectamente con la compra y venta de bienes y servicios por medios electrónicos.

El Servicio de Comercio Electrónico División de Infraestructura de Servicios para el Desarrollo y Eficiencia Comercial de Naciones Unidas (UNCTAD) ofrece una definición amplia de comercio electrónico que incluye el uso de sistemas de comunicación basados en Internet y en no-Internet, tales como pedidos telefónicos, televisión interactiva, correo electrónico o telefonía móvil y celular. La definición amplia también incluiría redes electrónicas de uso privado usualmente organizadas por empresas y sus asociados para su propio beneficio. Es importante que el comprador y el vendedor no se encuentren físicamente durante la transacción. En cambio se usa algún mecanismo de comunicación electrónica para cerrar el trato.

Teniendo en cuenta las partes que interactúan destacan tres modalidades de comercio electrónico:

1. Comercio *Business to Business* (B2B) o Comercio de empresa a empresa (comúnmente se utiliza para el intercambio insumos o aprovisionamientos), Comercio Electrónico *Business to Consumer* (B2C), y Comercio Electrónico *Consumer to Consumer* (C2C).

2. Comercio Electrónico *Business to Consumer* (B2C). Es el comercio online de una empresa o tienda virtual hacia un particular o consumidor final.

³⁶² *Newman Rodríguez, Silvana*, "Aproximación a la formación del contrato electrónico en la Legislación Española", http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm. Fecha de consulta marzo de 2007.

³⁶³ *Fernández Delpech, Horacio*, *Internet: su problemática jurídica*, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 2004, p. 379. Conforme esta posición, cuando nos referimos al intercambio de datos en las diferentes fases del ciclo de vida de una empresa, estamos frente al negocio electrónico, pero no frente al comercio electrónico, en donde únicamente se hace referencia a la compra y venta de productos empleando el Internet.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

3.- Comercio Electrónico Consumer to Consumer (C2C). Es el comercio online directo entre particulares, normalmente en transacciones llevadas a cabo mediante subastas en marketplaces C2C como eBay.

Dentro de estas categorías se pueden a su vez subclasificar³⁶⁴ en:

-Tienda electrónica (e-shop)

La venta de productos o servicios de una empresa se realiza no sólo en forma directa en el mercado, sino que también se ofrecen a través de Internet, en donde se publica un catalogo.

-Centro comercial electrónico (CCE o e-mail)

Se trata de un sitio web en donde se encuentran diferentes tiendas electrónicas, que aprovechan de una publicidad común y de una acceso mayor de usuarios.

-Aprovisionamiento electrónico (e-procurement)

Es la situación en que organizaciones solicitan ofertas para obtención de bienes o servicios.

-Subasta electrónica (*e-auction*)

Es una nueva categoría dentro del comercio electrónico de gran éxito y desarrollo en los últimos tiempos que traslada a la red el sistema de venta por remate. Los productos son ofrecidos con una base y hasta una determinada fecha, en la cual se adjudican a la mejor oferta recibida.

-Publicidad en la red.

De creciente desarrollo, la publicidad ubicada en las páginas y sitios se va expandiendo por la red.

Nos concierne el **Comercio Electrónico B2C** en el que el consumidor ocupa una posición de clara debilidad económica y negociadora (En la modalidad B2B las dos partes del contrato son empresas o profesionales que ocupan una misma posición de fuerza económica). Igualmente, y por diferencia con la modalidad B2B el comprador no va a adquirir el producto para reintroducirlo o revenderlo en el mercado, si no que lo adquiere como consumidor final, para su uso personal.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 380.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

III. El consumidor en el entorno digital

El tema de la protección al consumidor en el ámbito del comercio electrónico ha sido abordado por diversos organismos internacionales entre los que destacan la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Organización para la cooperación y el desarrollo Económicos (OCDE) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Destaca la "Resolución 39/248 sobre las Directrices para la protección de los Consumidores" de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 16 de abril de 1985, por ser uno de los instrumentos precursores en la materia y que reconoció explícitamente los siguientes principios básicos para las relaciones de consumo:

La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados, y

El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento.

A partir de la Revolución Industrial surge la figura del consumidor en ordenamientos legales que, más que protectoras de los intereses de los consumidores, los excluían de un determinado régimen previsto para las relaciones entre empresarios, que eran los que se consideraban sujetos de dicho tráfico jurídico.

Llegado el momento, el individualismo y el principio de no intervención del estado aplicados a la relación de consumo, dio origen a la "Teoría del libre mercado y el consumidor individual", en la que hipotéticamente empresario y consumidor se encontraban en igualdad de condiciones en el contexto de un mercado libre regido por las reglas de la oferta y la demanda. La realidad se encargó de demostrar esta falacia, ya que el consumidor era frecuentemente víctima de abusos como consecuencia de detentar una situación de inferioridad en el mercado ³⁶⁵, los consumidores dejan de ser los pretendidos "soberanos" para pasar a ser verdaderos "súbditos", sujetos al poder económico de la gran empresa, susceptible no sólo de hacer imaginaria la pretendida libertad de elección de aquél, sino de manipular y predeterminar sus propias necesidades ³⁶⁶.

Con la aparición del Derecho Social, se aspira a la igualdad en la relación comercial con una protección del consumidor sustentada en derechos mínimos irrenunciables.

Desde el año 1868, el alemán Otto von Gierke sostuvo en Berlín la existencia histórica de un derecho social al lado del derecho del Estado y del derecho privado regulador de las relaciones entre personas determinadas. Este derecho social era creado por las corporaciones, cuyas características eran su autonomía y la circunstancia de que

365 Piris, Cristian Ricard, Evolución de los derechos del consumidor http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt/2000/1_sociales/s_pdf/s_006.pdf, febrero 2009.

366 Bercovitz A., La protección de los consumidores en la unión europea, Introducción a Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 2002, P. 18, citado por Vega Vega José Antonio, Contratos electrónicos y protección a los consumidores, Madrid, edit. Reus, 2005.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

consideraba al hombre no como persona plenamente individual, sino en sus relaciones con un cuerpo social ³⁶⁷.

Con Gustavo Radbruch (1878-1950), profesor de la Universidad de Heidelberg, la más antigua de Alemania, fundada en 1386, el derecho social alcanza su plenitud jurídica. En su obra *Introducción a la filosofía del derecho*, basada en un cursillo que el maestro impartió en 1947, considera que la idea del derecho social no es simplemente la idea de un derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad sino, que tiene un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad de una nueva forma estilística del derecho, en general:

La separación del derecho en público y derecho privado no es un principio absoluto, ni tiene un valor apriorístico, ni deriva de un pretendido derecho natural que no existe, sino que su valor es histórico y encuentra su fundamento en el derecho positivo, el cual, a su vez, posee un valor meramente histórico. Para el *derecho social*, la igualdad humana no es el punto de partida, sino la aspiración del orden jurídico. *El derecho social es el derecho del porvenir.*

Así, define al Derecho Social como el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindicán a los que viven de su trabajo a los económicamente débiles: obreros, campesinos, artesanos. Por lo que expresa a continuación su objetivo, su fin último:³⁶⁸

El Derecho Social no conoce simplemente personas; conoce patrones y trabajadores, obreros y empleados, La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la nivelación de las desigualdades que entre ellas existe.

El origen de la protección de los consumidores se ubica en los Estados Unidos de América. De inicio el objetivo a lograr era sencillamente hacer intervenir a las autoridades administrativas en el control de determinadas situaciones de mercado que constituían situaciones abusivas contra el colectivo de los consumidores ³⁶⁹. Como punto de referencia suele tomarse el "*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*", pronunciado por el Presidente J.F. Kennedy el 15 de marzo de 1962.

³⁶⁷ Para el escritor de origen ruso Georges Gurvitch, autor de las obras *Le temps présent et l' idée du droit social*, de 1931, y *L' idée du droit social*, de 1932, el derecho social es el derecho de las comunidades humanas no estatales. León Duguit (1859-1928), admite que los fundamentos del derecho social, se hallan en vías de elaboración; el concepto social del derecho, tiende a reemplazar el concepto individualista. Paul Roubier (1886-1964), jurista francés, profesor de la facultad de Derecho de Lyon, sostiene la presencia de un *tercius genus*, ejemplo de ello es el derecho del trabajo.

³⁶⁸ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, editorial FCE, 1995. Radbruch considera como los puntales del derecho social al derecho económico y al derecho obrero, ya que ambos tienden a considerar al hombre como algo concreto y viviente. El derecho económico se propone limitar la potencia de ciertas fuerzas de la economía, en tanto que el derecho del trabajo aspira a proteger la *impotencia social*.

³⁶⁹ Vega Vega, José Antonio, *Ops. Cit.* Nota 14

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Nuestra constitución política, como producto de ese movimiento, consigna entre otros derechos sociales, en su artículo 28, párrafo tercero el de la protección del consumidor, así como velar por su organización para el mejor cuidado de sus intereses. Este principio no es aislado ni se circunscribe sólo al mismo precepto constitucional, si no forma parte de la concepción de la rectoría económica del Estado mexicano, de ámbito social, consignado en el artículo 25 que se refiere entre otras cosas a que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y, en su último párrafo, nos refiere que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece la Constitución.

Lo que dice el texto constitucional es que el Estado promoverá y vigilará la actividad económica de los particulares por lo que serán respetados los derechos del consumidor.

La Ley Federal del Consumidor vigente, es de orden público e interés social. Son leyes de orden público o de interés público aquellas que están motivadas por interés general, que protege directamente a la sociedad. Tienen un elemento conocido desde el derecho romano como *jus cogeos*, que les da una fuerza imperativa absoluta; sus normas no pueden ser modificadas por la voluntad de particulares y se imponen a los destinatarios. Los romanos decían: "*privatoran convention juri publico non derogat*" (Ulpiano, Dig. Lib. Tít. 17, fr. 45)

Pertencen a esta categoría todas las leyes de derecho público. El jurisconsulto argentino Hugo Alsina definió al orden público como el conjunto de normas en que reposa el bienestar común y ante el cual ceden los derechos de los particulares. La H. Suprema Corte de Justicia, al resolver el amparo 360/970, entiende el orden público como "el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas". Para el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, la idea de interés social impone lógicamente la conclusión de que el mismo constituye el *substratum* de la causa final de las normas de orden público, es decir, su motivación real y su teleología. Por ende, toda disposición jurídica que ostente este carácter es, a su vez, por modo concomitante, de interés social o estatal, puesto que al establecer una determinada regulación tiende a crear situaciones de aprovechamiento colectivo en múltiples y diversos aspectos ³⁷⁰.

En lo particular, se considera como interés social la necesidad que tiene el Estado de que se respete y proteja a una determinada clase desvalida contra el abuso de otra ³⁷¹. Al respecto, es necesario recordar los principios generales del derecho que establecen los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

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

³⁷⁰ Burgoa Horiguela, Ignacio, El juicio de amparo. México, edit. Porrúa, 21 ed. P. 738.

³⁷¹ Loredo Hill, Adolfo, Nuevo Derecho Autoral Mexicano, México, edit. FCE, 2000.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Artículo 8º. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

El objeto de la ley es el de promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Objeto que a la letra es incuestionable, pero ante el medio digital no alcanza a realizar los principios que en él se consignan.

Un principio básico de las relaciones de consumo que la ley enlista es la real y efectiva protección del consumidor en las transacciones efectuadas a través del medio electrónico.

Siempre es difícil encontrar una definición adecuada para una institución o fenómeno jurídicos, mas si es un derecho nuevo como el Derecho del Consumidor; no obstante, el Derecho del Consumidor tiene su génesis principalmente en la Libertad de Comercio que, como ya se indicó protege el libre accionar de los comerciantes en su afán de lucro, promoviendo además la libre y leal competencia entre éstos. Sin embargo, el contenido de esta garantía se ha ampliado hasta la protección de los consumidores, tal y como lo plantea Broseta Pont, cuando dice:

....las normas de la competencia mercantil ya no están exclusivamente orientadas a proteger o tutelar a los empresarios, sino que tienden a defender los intereses de los consumidores, así como sus derechos económicos y sociales(...), la defensa de los consumidores, adquiere relevancia... en cuanto poder compensador en una economía de mercado que debe equilibrarse con el principio de libertad de empresa...³⁷²

Si trasladamos esta diferencia al tema que nos ocupa, diremos que el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los derechos del consumidor, al contrario, son modernamente la proyección individual del derecho del consumidor. Los derechos del consumidor dimanán del derecho del consumidor.³⁷³

Los consumidores en línea se consideran en desventaja ante los riesgos intangibles y contingentes derivado del anonimato que propicia el Internet y de la dificultad que ello implica para verificar la identidad de las personas que interactúan en línea, la presencia física del proveedor o de su representante, así como la reputación comercial del mismo y la documentación física que exhiben las partes (como su título profesional), o en el caso de sociedades mercantiles, la escritura constitutiva y los poderes del representante legal), dan certeza de la identidad de la parte con la que se está llevando acabo una transacción.

³⁷² Broseta Pont, Manuel, Manual de Derecho Mercantil. Madrid, 1994. pp. 157-158.

³⁷³ Alterini Atilio et al. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños-Contratos Buenos Aires, 1994. p.95

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Otras inquietudes derivan del hecho de que el consumidor necesita contar con información suficiente para tomar una decisión razonada sobre la transacción que vaya a llevar a cabo y, en el supuesto de resolver cómo hacer y ante quién acudir para el caso de un incumplimiento del proveedor si éste no se encuentra en la misma ciudad o país. ¿Qué leyes son aplicables a aquella transacción efectuada por un consumidor vía Internet, cuando el proveedor y el consumidor se encuentran en países diferentes? El consumidor tiene la creencia de que al realizar operaciones comerciales en la red, le serán aplicables las mismas normas que rigen en su lugar de residencia, por lo que espera que la ley de protección del consumidor que le compete, le proteja cuando realice una compra por Internet sin importar el lugar dónde se ubique el proveedor.

Otro aspecto importante que no desestima el consumidor, es que tenga la posibilidad de exigir el reembolso en caso de que las condiciones de contratación no sean las acordadas. El llevar un juicio en el extranjero es caro e incierto el resultado.

Un rasgo del tema que no es prudente soslayar, es el punto de la deshumanización del contrato que describe Lorenzetti ³⁷⁴, ya no hay un consenso basado en la yuxtaposición de voluntades, sino en actos unilaterales de autonomía que se exponen sin mezclarse, donde concurren intereses al utilizar lenguajes distintos, netamente técnicos diferente a la palabra ordinaria ³⁷⁵, que carece de ambigüedad, presupuesto indispensable de la interpretación por lo que no se puede aplicar las reglas de la hermenéutica contractual a los contratos telemáticos ³⁷⁶. Hay acuerdo pero no contrato³⁷⁷. No hay cabida al diálogo, a la interacción, se pasa del habla al silencio. La incorporación de estos nuevos medios a la vida económica y social supone una serie de ventajas, pero también desventajas, como todo fenómeno: desafíos a los derechos básicos de las personas, la libertad está siendo vulnerada. Aumenta la capacidad del "cibernauta" de expresarse en libertad pero en soledad, el navegante feliz, pero socialmente cada vez más aislado ³⁷⁸ y sin capacidad crítica ³⁷⁹: ha nacido el netcitizen ³⁸⁰. Sartori, acompleta la arremetida al afirmar que un conocimiento mediante imágenes no es un saber en el sentido cognoscitivo del término y que, más que difundir el saber, erosiona los contenidos del mismo ³⁸¹.

³⁷⁴ Véase la llamada deshumanización del contrato, op.cit., nota 74, p. 167.

³⁷⁵ Se habla de lenguaje electrónico. "El lenguaje de la computadora es, como los lógicos habían esperado, el triunfo de la estructura sobre el contenido...El nuevo enfoque consiste en considerar al lenguaje como una estructura algebraica más que como un lexicón de palabras individuales. Lo que importa es la forma en que nombres, verbos y otras partes de la oraciones pueden unir para generar frases". Véase Bolter David, el lenguaje electrónico, tomado de "El hombre de Turing. La cultura occidental en la era de la computación", México, Fondo 2000, FCE, 2001. Pp. 47-49.

³⁷⁶ Irti Natalino, Principi e problema di interpretazione contrattuale, citado por Lorenzetti, op.cit nota 74, p. 168

³⁷⁷ Natalino, Irti, "Scambio senza accordo", citado por Lorenzetti, R. op. cit., Nota 5.

³⁷⁸ Lorenzetti Ricardo, Comercio electrónico, Argentina, Abeledo-Perrot, 2001, p. 23.

³⁷⁹ Rodota Stefano, "Libertá, opportunità, democrazia e informazione", Internet e privacy: quali regole? citado por Lorenzetti R., op.cit. nota 112.

³⁸⁰ netcitizens, término tomado de Branscomb, Anne, "Anatomy, autonomy and accountability: challenges to the first amendment in cyberspace", the Yale Law Journal, vol. 104, 1995, p. 1639, citado por Lorenzetti, R., véase nota 5.

³⁸¹ Sartori, Giovanni, Homo videns, la sociedad teledirigida, México, 2005, Punto de lectura, p. 61.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

El Capítulo VII 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, recoge los preceptos básicos de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos Internacionales (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1996). Pero debemos de tener en cuenta dos importantísimas fuentes internacionales una directa y una como referencia en el análisis de la ley mexicana: la ley de 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, y las Directivas ³⁸² del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

El artículo 76 BIS de la ley, enlista una serie de requisitos que las transacciones por medios digitales deben cumplir. Seis fracciones describen las diferentes obligaciones que el proveedor debe respetar y atender en el intercambio de bienes y servicios a ofrecer. Proveer información de los datos generales del proveedor así como las del producto, condiciones de entrega, condiciones y costos y evitar prácticas comerciales engañosas, entre otras. Hasta aquí es el alcance.

Las principales Directivas europeas incluyen disposiciones legales a favor del consumidor que la ley mexicana consigna parcialmente. Adicionalmente, artículos propios de la ley que pueden ser útiles en este marco, no se aplican en el capítulo del comercio electrónico al ser parte de otros capítulos, cuyos artículos se aplican sólo en ese apartado, un ejemplo, los artículos 53 al 56, que corresponden al capítulo V de las ventas a domicilio, mediatas o indirectas.

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que en sus considerandos señala que conforme a los principios establecidos en los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 procede reconocer al consumidor el derecho a la protección de la vida privada, en particular frente a ciertas técnicas de comunicación especialmente insistentes y, en consecuencia, precisar los límites específicos a la utilización de este tipo de técnicas, y también reconoce la condición que tiene el consumidor en el comercio electrónico al señalar que el consumidor no tiene

³⁸² La directiva vincula a todo Estado miembro destinatario en lo referente al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios. Es un medio de legislación indirecta, puesto que sólo se fijan los principios que se desarrollarán por los procedimientos de la legislación nacional. Entra en vigor con su notificación al Estado miembro destinatario y se redacta en la lengua del o de los destinatarios. Se publica en el Diario Oficial "para información". Las directivas, igual que los reglamentos, son adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento. La directiva es el medio de acción exclusivo de las instituciones en materia de armonización de las legislaciones. En el Considerando 2 de la directiva nos refiere que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato; que es conveniente establecer, un derecho de rescisión.

La información que nos dice la fracción III, del artículo 76 BIS de la ley, que debe dar el proveedor al consumidor, es explicada en el artículo 4 de la Directiva, y que se complementa con la información respecto de las transacciones electrónicas que ordena la Directiva sobre Comercio Electrónico, entre los que destacan el número de registro de la empresa ante el registro público de comercio. De igual forma, el artículo 6 de la Directiva da al consumidor un plazo de seis días laborables para rescindirlos sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. La ley mexicana cinco días. Aquí se habla de rescisión y nuestra ley de revocación. Figuras diferentes. La rescisión es un Procedimiento dirigido a hacer ineficaz un contrato y otra cosa la revocación que es la acción o efecto de dejar sin efecto un acto jurídico³⁸³.

Otra práctica habitual en esta clase de contratación, como sabemos, ha sido la utilización de los denominados contratos de adhesión, es decir, contratos cuyas cláusulas han sido previamente redactadas, la mayoría de las veces, por no decir todas, por la parte más poderosa (ventajosa) y que, en principio, ante los mismos no cabe otra postura que aceptarlos o rechazarlos en su conjunto, sin que suela haber opción a una modificación parcial.

El consumidor, que por regla general, se encuentra en algunas ocasiones imposibilitado de discutir las estipulaciones del contrato constituye el desequilibrio económico que se presenta entre las partes.

Carlos Tortras y Bosch³⁸⁴ señala que no es raro que nos encontremos con "*cláusulas abusivas*", lo que podría dar lugar a la anulabilidad de dichas cláusulas e incluso de los contratos que las contienen.

Creemos que los contratos en que las condiciones están predispuestas son absolutamente necesarios y ello es consecuencia del tráfico mercantil de hoy en día. Sin embargo, el hecho de reconocer la necesidad de este tipo de cláusulas predispuestas (en nuestro caso cláusulas relativas a contratación electrónica), no significa que las aceptemos sin ninguna reserva, ya que en la mayoría de los casos implican la creación de situaciones abusivas. La situación de desequilibrio se agrava debido al desconocimiento que el consumidor -una de las partes- tiene del proveedor en línea y de los detalles de los productos o servicios, aunado a ello, que puede presionar y condicionar la voluntad del consumidor, la parte débil en la contratación, con políticas comerciales que alteran el beneficio del producto en aras de los intereses de la venta misma.

³⁸³ La rescisión se distingue de la revocación en que la revocación la lleva a cabo el mismo juez que pronunció el proveimiento, mientras que la rescisión la puede hacer un tribunal diferente; y en que la revocación es espontánea y la rescisión provocada por quien está legitimado para impugnar el proveimiento.

³⁸⁴ Tortras y Bosch, Carlos, "El delito informático", Barcelona, número 17 monográfico de ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

El comercio electrónico internacional, siguiendo a Vega Vega, se basa en contratos que generalmente son propuestos por empresas transnacionales. No hay igualdad en las partes, por lo que en la práctica, se produce un desequilibrio contractual que ha llevado a algunos ordenamientos a dictar normas que atemperen la disparidad de riesgos que puedan producirse³⁸⁵. El desequilibrio contractual se da, por la notoriedad de los contratos al tener algunas veces una gran complejidad, que en muchos casos desconocen los propios consumidores y usuarios. Y por adoptar la posición los consumidores de meros adherentes, al verse obligados a perfeccionar un contrato que ha sido redactado por entes económicos que le son totalmente ajenos³⁸⁶.

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.

¿Se podría considerar que una cláusula contractual que no se hayan negociado individualmente es abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, mas si se trata de una ley de orden público? Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Y, ¿si tal calificación al ir en contra del consumidor, puede acarrear la nulidad del contrato en términos de la propia ley de la materia? Planteamientos construidos a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La respuesta a los anteriores cuestionamientos se encuentran en los artículo 90 y 90 BIS de la ley, al declarar que no serán validas y se tendrán puestas las clausulas que vayan en contra de los derechos mínimos del consumidor.

Las cláusulas, condiciones y estipulaciones que se consideren abusivas tendrán la consideración de nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 6 C.C.). De esta tajante disposición colegimos que se trata de una nulidad parcial del contrato, puesto que las demás cláusulas quedarán subsistentes.

Lo anterior, lo expresamos en virtud de que el artículo 24 relativo a las facultades de la procuraduría Federal del Consumidor, en su inciso I y XXI refieren:

I. Promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores;

³⁸⁵ *Op. cit.*, Vega Vega, p. 289

³⁸⁶ *Ibidem*

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

XXI. Ordenar se informe a los consumidores sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los retribuirán o compensarán, y

Un tema que no se puede pasar por alto, la propia Directiva 93/13 regula que se incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. La ley mexicana lo omite.

Otra área de la ley de protección al consumidor que el proveedor que opera en Internet debe considerar, es la relacionada con el crédito para financiar la adquisición de productos. En primer lugar, los proveedores deben cumplir con ciertas formalidades establecidas en la Ley. En segundo lugar, hay que destacar que en ciertas jurisdicciones el emisor de una tarjeta de crédito comparte responsabilidad con el proveedor de los productos defectuosos. Por ejemplo, la Ley de Crédito al Consumidor del Reino Unido (1974) ³⁸⁷ establece que el emisor de la tarjeta de crédito es solidariamente responsable por el incumplimiento del contrato por parte del proveedor bajo ciertas condiciones, como el caso de la comercialización de productos defectuosos.

Si tales condiciones se cumplen, el consumidor tiene derecho a que el emisor de la tarjeta de crédito le reembolse cualquier cantidad que se hubiese cargado a la tarjeta de crédito. Desde luego que el emisor de la tarjeta de crédito tiene el derecho de repetir en contra del proveedor. El derecho al reembolso constituye una poderosa arma que permite al consumidor obtener el reintegro de su dinero en caso de que le sea vendidos productos defectuosos. Medidas de esta naturaleza hacen presión para que los emisores de tarjetas de crédito seleccionen cuidadosamente a los proveedores a los que ofrecen sus servicios para que utilicen sus tarjetas.

La economía global propone dificultades enormes en materia de jurisdicción y ley aplicable, así como el ámbito de la defensa del consumidor.

Es posible que un consumidor de Puebla compre un producto fabricado en Asia y comercializado en los Estados Unidos, lo cual puede plantear la duda de si la filial de Puebla responde por los derechos de la red de empresas multinacionales.

El comercio electrónico no se frena en a las barreras nacionales, ya que esta basado en una tecnología propia de la economía globalizada. En materia de derecho del consumidor, predice Lorenzetti ³⁸⁸, se postula también una protección propia de la economía global, que se traduzca en organismos internacionales o bien en regulaciones y dispositivos nacionales que actúen de modo homogéneo. En esta línea, se ha postulado la

³⁸⁷ Consumer credit Act. Section 75

³⁸⁸ *Op. cit.*, Lorenzetti Ricardo, p. 44

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

creación de órganos internacionales de control y de sistemas de arbitraje para fijar jurisprudencia.

Punto a observar es que ni la Ley Federal de Protección al Consumidor, ni la Directiva sobre comercio electrónico ni la Ley Modelo de Uncitral, se pronuncian en forma específica sobre este aspecto, limitándose a propugnar la validez de los contratos electrónicos y a establecer el momento de la recepción o expedición de los mensajes de datos, criterios que de manera subsidiaria servirían, en principio, para determinar cuál ha de ser la legislación a aplicar en un determinado caso de incumplimiento para ser invocada por el consumidor y sentirse protegido.

La pregunta obligada: ¿Es posible que algunas reglas de derecho se desvinculen de las nociones reales de espacio y tiempo, aceptando otras de carácter ficticio, para la solución de un caso en Internet? En los contratos, lo que interesa es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o cumplimiento; en la web habrá múltiples formas de cumplir con ese requisito. El lugar jurídico puede ser un "nombre de dominio" que no coincida con el lugar real.

Aceptamos la propuesta de Lorenzetti, respecto a aplicar una regla general de imputación legal: *quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario*

³⁸⁹

Un contrato celebrado en México podrá ser regido cuanto a su formación por la ley mexicana *lex loci contractus*, y eventualmente por la ley extranjera por lo que se refiere a los efectos jurídicos que se deban surtir en el extranjero (art. 13 del Código Civil *a contrario sensu*). En el caso inverso, si se trata de un contrato celebrado en el extranjero podrá ser regido en cuanto a su formación por la ley extranjera y tendrá efectos jurídicos en México, si está conforme a las disposiciones del artículo 6 del Código Civil (la libertad de determinar las condiciones a que se sujetará el contrato sin más límite que el del orden público). La ley aplicable a la formación de un contrato entre ausentes variará según se trate de un acto jurídico, efectuado en México o en el extranjero. Si la oferta o policitud es emitida en México, de acuerdo al sistema de la "recepción" reconocido por el Código Civil vigente (art. 1807) la ley aplicable a la formación del contrato será la ley mexicana. Si por el contrario, la oferta o policitud es efectuada en el extranjero, variará de acuerdo a la ley del oferente, quedando en este caso, la calificación a cargo de la ley extranjera aplicable.

Ahora bien, en el ámbito del derecho internacional privado nuestro fundamento directo es la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Si las partes no han elegido ley aplicable o si la elección resulta ineficaz, la ley aplicable al contrato es la ley más estrechamente o directamente vinculada al mismo

³⁸⁹ *Op. cit.*, p. 21.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

y es la que se determina atendiendo a todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato (art. 9).

Se entiende por elementos objetivos a aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo (en este caso, el acto jurídico es el contrato). El informe del José Luis Siqueiros como relator del proyecto de la Convención, señala que son circunstancias objetivas: la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de celebración del contrato.³⁹⁰

No obstante, la acumulación de elementos objetivos puede no ser suficiente para determinar el predominio de las leyes de una jurisdicción sobre las leyes de otra jurisdicción. La simple agrupación de elementos de hecho es insuficiente para determinar la ley aplicable en aquellos casos en los cuales los elementos objetivos del contrato están distribuidos equivalentemente entre los distintos ordenamientos jurídicos relevantes³⁹¹. La idea la confirma González de Cosío, pues el tema del derecho que debe regir los contratos, esto es, las obligaciones, se ha impuesto como una de las áreas más conflictivas de esta materia³⁹².

Se aprecia que hay más de fondo que los elementos objetivos, ya que la disparidad en los niveles de seguridad jurídica de los estados es sólo un factor de referencia. La protección de los consumidores se ve influida por diversos condicionantes, con la preferencia sociales, la tradición política y cultural, el contexto jurídico, los criterios ideológicos, así como otros factores incluidos el nivel de industrialización y desarrollo económico³⁹³.

La determinación del momento de formación del contrato, es importante no sólo para saber el lugar de su conclusión y conocer la legislación aplicable y la jurisdicción a que éste debe ser sometido. Debemos distinguir entre la ley aplicable y su problemática cuando se trate de contratos entre partes de diferentes lugares geográficos.

En el marco de la contratación electrónica celebrada vía Internet, pueden existir contratantes con domicilio o residencia en diversos Estados, situación que plantea el problema de la determinación de la legislación y jurisdicción a que deben someterse las consecuencias jurídicas derivadas de la negociación contractual electrónica. En general habrá que estar, para determinar la ley aplicable a los contratos, a lo dispuesto en las

390 Siqueiros, José Luis, Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, en Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, OEA/Ser.Q.\CJ\RES.II-6/91\31 de Julio 1991, 28-29 (Material de la OEA sin Publicación).

391 Giral Pimentel, José Alfredo, La teoría de las vinculaciones el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad. <http://www.zur2.com/fcjp/117/giral.htm>. diciembre 2009.

392 González de Cosío, Francisco, La Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales a la luz del derecho contractual internacional.

393 Miguel Asencio de, Pedro Alberto, La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo. <http://eprints.ucm.es>. febrero 2008.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

normas de Derecho Internacional Privado y a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales.³⁹⁴

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 recibe la aceptación. El Código de Comercio mexicano abandonó en el 2000 la teoría de la expedición que regía originalmente.

De conformidad a nuestro marco jurídico consideramos que es irrelevante que las partes estén presentes o ausentes, ni siendo este el caso, que sostengan una comunicación instantánea, el artículo 1811 del Código Civil Federal, da respuesta a las inquietudes que los estudiosos plantean a la contratación entre ausentes, al sancionar en su parte ultima: "Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos." Omite condición alguna de la presencia física o comunicación simultánea de las partes, donde la ley no distingue no cabe distinguir.

Si existiera una respuesta positiva sobre la necesidad de regular institucionalmente el funcionamiento de la red, deberíamos enfrentar el problema de la autoridad reguladora. Hay intentos basados en las barreras nacionales y en la "soberanía informativa", pero con alto riesgo en cuanto a la eficiencia³⁹⁵.

La aplicación al comercio en Internet de las normas vigentes de competencia internacional, que emplean como criterios de conexión elementos de localización geográfica: domicilio del deudor, domicilio del consumidor, lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de celebración del contrato, plantea problemas en relación con la difícil localización de esos elementos subjetivos en un entorno virtual, así como respecto del significado que debe atribuirse en el ámbito jurisdiccional a los vínculos virtuales o electrónicos, cuyo alcance no es del todo aceptado.

³⁹⁴ Es útil recordar el origen de la aplicación del derecho nacional a un extranjero, el cuál ocurre en el derecho romano. Las exigencias de la creciente jurisdicción llevaron al desarrollo de imperial de Roma un sistema jurídico especial para las relaciones con personas que no eran ciudadanos romanos. El pretor de los extranjeros (Pretor peregrinus) y los procónsules tuvieron que elaborar y aplicar principios jurídicos distintos de los que eran corrientes entre ciudadanos, y así surgió al lado del ius civile nacional el ius gentium, como cuerpo de normas jurídicas generales, impuestas por la justicia, el sentido común, el conocimiento del mundo y una cierta noticia del Derecho extranjero.

³⁹⁵ El intento de China de regular por una ley especial el acceso, con control policial. En Arabia Saudita, las autoridades decidieron cerrar los servicios locales de Internet que ofrecen acceso a la compañía Yahoo, al considerar que distribuye por la red pornografía y otros materiales ofensivos para la moral. Lessig Lawrence, "las leyes del ciberespacio", Cuadernos de Ciberespacio y sociedad núm. 3, 1999.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

Por lo anterior, no es de extrañar, en consecuencia – como la afirma De Miguel Asensio - que en el marco de la contratación en Internet (dejando al margen los contratos de consumo) los criterios atributivos de competencia judicial en materia contractual puedan en ocasiones conducir a limitar en exceso el acceso a los tribunales españoles (en concreto, en situaciones vinculadas con nuestro país en las que sea imposible la identificación del domicilio de la contraparte), mientras que en otras un vínculo casi accidental puede servir para atribuir competencia a nuestros tribunales, si bien es cierto que quien opera a través de Internet debe asumir que los beneficios propios del alcance universal del medio van unidos a la posibilidad de verse sometido al enjuiciamiento de sus operaciones por una jurisdicción muy distante ³⁹⁶.

Asimismo, plantea la cualidad del medio en que está inmerso el objeto a regular, a efecto de poder adjudicar la competencia, pues explica que la flexibilización que estos condicionantes básicos proporcionan a la interpretación de las reglas de competencia presenta especial importancia respecto de Internet, en la medida en que las reglas de competencia existentes no están ideadas para esta realidad en la que las referencias físicas pierden gran parte de su sentido. Así, cuando la identificación cierta del domicilio del demandado no es posible y tampoco cabe localizar el lugar de ejecución contractual, pero en la relación contractual, que ha sido celebrada y que debe ejecutarse en la Red, ha intervenido una parte española, podría, por ejemplo, fundarse la competencia de los tribunales españoles en el hecho de que el demandado tenga bienes o se encuentre en España en los supuestos excepcionales en los que su falta de competencia equivalga a una denegación de justicia desproporcionada e irrazonable, incompatible con el principio de tutela judicial efectiva ³⁹⁷.

No es fácil dar la solución adecuada al consumidor para resolver los problemas surgidos en contrataciones internacionales. El derecho requiere de encontrar todavía respuestas más precisas.

La problemática principal radica, de un lado, en la existencia de dos legislaciones competentes para regir el contrato (la del comprador y la del vendedor) y del otro, en la necesidad de proteger los derechos de los consumidores, en este caso de los compradores. Para solucionar el conflicto de la legislación aplicable en materia de contratación electrónica, en caso de ausencia de elección y ante la falta de una regulación específica que ayude a establecer criterios uniformes que conduzcan a un determinado sistema jurídico, se han propuesto -siguiendo a Rico Carillo- diversas soluciones, siendo las más destacadas las que proponen: (1) la aplicación de los convenios internacionales al vincularse dos legislaciones distintas; (2) la aplicación de la legislación del comprador, a objeto de garantizar la adecuada protección de los derechos de los consumidores; (3) aplicación de la legislación del vendedor, con el objeto de facilitar el desarrollo del comercio electrónico; (4) la creación de una nueva ley multinacional de carácter internacional, al margen de las jurisdicciones y legislaciones nacionales basada en la *lex mercatoria*; (5) la aplicación del sistema de nombres de dominio que permite determinar la

³⁹⁶ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho privado en Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002. p. 482

³⁹⁷ *Idem*.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

ubicación de la empresa ofertante y (6) la aplicación de los tradicionales puntos de conexión del Derecho Internacional Privado ³⁹⁸.

Estimamos que cada una de las anteriores opciones es válida jurídicamente y cubren todas las posibilidades actuales. Repasemos las palabras de Roscoe Pound, representante de la escuela sociológica del Derecho, quién expresó que el Derecho es fluido y cambia cuando cambian las condiciones sociales a las que debe su vida, no hay principios jurídicos eternos e inmutables y si no se pueden satisfacer todas las necesidades, deben de ser satisfechas en la medida de lo razonablemente posible.

Al respecto, Vinogradoff nos recuerda que ya Aristóteles observó y explicó acerca del hecho de que las normas jurídicas son necesariamente generales en tanto que las circunstancias de cada caso son particulares y que la posibilidad de establecer por adelantado normas adecuadas a todas las futuras variaciones y complicaciones de la práctica excede de la capacidad de la inteligencia humana. En consecuencia, el Derecho necesita del suplemento de la equidad; tiene que haber un poder de adaptación que dé flexibilidad al proceso jurídico, dictando a veces decisiones que sean contrarias a todo Derecho formalmente reconocido como tal que, sin embargo, resultan ser intrínsecamente justas ³⁹⁹.

Realmente, lo aconsejable es que el sometimiento a una u otra ley vaya parejo con la jurisdicción que deberá ser aplicable en el caso de conflicto. De otra forma, la experiencia demuestra lo complejo de acreditar ante un juez o árbitro una legislación distinta a la del país del juzgador. González Martín, va a la médula al decir que crear o adicionar leyes que regulan el marco jurídico del comercio electrónico no es una ficción, no es un derecho ficción, es una realidad que progresa de tal manera que apenas estamos entendiendo la mecánica ⁴⁰⁰.

Por todo ello coincidimos con Vega Vega ⁴⁰¹, al declarar que:

La protección del adherente en la esfera internacional debe considerarse a todas luces insuficientes, ya que no existe una regulación especial de las condiciones generales de contratación en Derecho Internacional Privado y las que hemos comentado adolecen de manquedad y se refiere a aspectos muy concreto, por lo que se impone como cuestión de *lege ferenda* nacional o internacional la promulgaciones de nuevas disposiciones nacionales del carácter de norma internacional imperativa, de conformidad con los tratados y convenios y en especial con el artículo 3.3 del Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones Contractuales.

El problema sobre la legislación aplicable en estos casos quedaría resuelto, en un primer momento por vía contractual, siendo las partes por virtud de la aplicación del

³⁹⁸ Rico Carrillo, Mariliana, Comercio electrónico Internet y derecho, 2ª ed., México, Legis, 2005. P. 143

³⁹⁹ Vinogradoff, Paul, Introducción al derecho, México 1997, FCE, p. 150.

⁴⁰⁰ González Martín, Nuria. Un acercamiento al comercio electrónico y la protección del consumidor en México. <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1628/10.pdf>. Consulta febrero 2009

⁴⁰¹ Op. cit., Vega Vega, p. 89.

"Revolución Informática con Independencia del Individuo"

principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones de Derecho privado, a quienes corresponde la elección tanto de la jurisdicción como de la legislación a que desean someter el tratamiento legal de sus relaciones. Si bien, es cierto que la mayoría de los contratos celebrados a través de Internet incorporan una cláusula tipo mediante la cual las partes acuerdan el sometimiento a una legislación y jurisdicción determinada - generalmente la del vendedor- en ausencia de tal cláusula habría que determinar el derecho aplicable al contrato, mientras que su existencia podría ocasionar problemas por la posibilidad de vulneración de los derechos de los consumidores ya que en la mayoría de los casos, esta cláusula no es libre de elección si no que se encuentra contenida en el clausulado general del contrato de adhesión.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CIENFUGOS SUAREZ, José María, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos, en la Ley 4." T. IV, 1992.
- AZÚA REYES, Sergio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1993.**
- CALVO CARAVACA, Luís Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Conflictos de leyes y jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001.
- CARRASCOSA, Valentín, POZO, MA. A., y RODRÍGUEZ, E:P., *La contratación informática; el nuevo horizonte contractual; los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª. Ed., Granada, Comares, 1999.**
- CREMADES Javier *et al* (coords), *La nueva ley de internet*, Madrid, la Ley- Actualidad, 2003, colección Derecho de las Telecomunicaciones.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho informático*, Barcelona, Aranzadi, 1997.
- DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto, *Derecho privado en Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002.
- BALLINA BALLINA, F. Javier de la: El desarrollo tecnológico en la distribución comercial: la venta telemática, en *Esic Market*, N° 97, julio-septiembre, 1997.
- BOLTER, Manuel, *El lenguaje electrónico*, México, Fondo de Cultura Económica, Colección 2000, 2000.
- FRIEDMAN, Thomas, *The lexis and the olive tree*, New York, First Anchor Books.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1995.**
- KELLY, Kevin, *Las nuevas reglas de la nueva economía*, Granica ediciones, México, 1999.
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado, analizado desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Trad. Eduardo garcía maníes, México, 1974.
- LESSIG, Lawrence, "The Path of Cyberlaw", *Yale Law Journal*, 1995.
- LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luís, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- RICO CARRILLO, Mariliana, *Comercio electrónico Internet y derecho*, 2ª ed., México, Legis, 2005.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, México, punto de lectura, 2005.**
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos mercantiles*, México, Porrúa, 1992.
- VEGA VEGA, José Antonio, *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Colección de derecho de las nuevas tecnologías, Madrid, ed., Reus, 2005.
- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, México 1997, FCE.