

María de Lourdes Viso Aguilar

Universidad Católica Andrés Bello, Abogada
Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho
Mercantil (pendiente trabajo de grado)
Universidad de Barcelona, Reino de España, Doctorado en Derecho

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO: UN NUEVO IMPULSO A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Nuevos Autores, N°7
Caracas / Venezuela / 2004

KIIW4380

V832 María de Lourdes Viso Aguilar

La formación del contrato electrónico: Un nuevo impulso a la unificación del derecho / María de Lourdes Viso Aguilar; Fernando Parra Aranguren, editor.- Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

172 p. - (Colección Nuevos Autores, N° 7)

1. Comercio electrónico - Venezuela. 2. Contratos - Venezuela. 3. Documentos electrónicos.

El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por la autora

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Nuevos Autores, N° 7
Fernando Parra Aranguren, Director
Depósito Legal lf: (Colección)
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

María de Lourdes Viso Aguilar
Universidad Católica Andrés Bello, Abogada
Universidad Central de Venezuela, Especialista en Derecho
Mercantil (pendiente trabajo de grado)
Universidad de Barcelona, Reino de España, Doctorado en Derecho

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO: UN NUEVO IMPULSO A LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO

**Tribunal Supremo de Justicia
Colección Nuevos Autores, N° 7
Caracas/Venezuela/2004**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA ELECTORAL

Dr. Alberto Martini Urdaneta
Presidente de la Sala
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Hernández Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Franklin Arrieché Gutiérrez
*Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Carlos Oberto Vélez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Pérez Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero



REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
PRESIDENCIA

Palabras Preliminares

La formación del contrato electrónico: un nuevo impulso a la unificación del derecho, difunde el trabajo de grado presentado por la Abogada María de Lourdes Viso Aguilar para optar al Título de Doctor en Derecho en la Universidad de Barcelona, Reino de España, donde obtuvo, en octubre próximo pasado, el certificado de suficiencia investigadora con la merecida calificación global de sobresaliente. Parte importante de esta obra, debe señalarse, fue difundida por la Universidad de Barcelona en los *DOCUMENTS DE TREBALL DE LA DIVISIÓ DE CIÈNCIES JURÍDIQUES ECONÒMIQUES I SOCIALS COL·LECCIÓ DE DRET*, N° D03/07 de diciembre de 2003.

El estudio, tal como señala el Prólogo que lo precede, preparado por el Profesor de la Universidad Central de Venezuela e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, doctor Luis Cova Arria, “se inserta en dos aspectos fundamentales para el Comercio Electrónico: la contratación y la unificación del derecho”. Luego de destacar la importancia del tema, explana los principios reguladores de este tipo contractual y la adaptabilidad de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías a las particularidades de su formación en cada una de sus etapas. Concluye, tal como apunta el prologuista, poniendo de relieve “los cambios que han introducido el uso

de medios electrónicos en las formas contractuales, los cuales (...) han dado origen a una serie de reglas materiales uniformes que pretenden regularlo”, por una parte; y, por la otra, la necesidad –difícil de actualizar, pero no por ello menos necesaria– “de armonizar los diferentes ordenamientos jurídicos” en este novedoso campo.

Al congratular a la nueva Doctora María de Lourdes Viso Aguilar –autora de otros ensayos publicados en revistas especializadas– esperamos que la difusión de este ensayo, **La formación del contrato electrónico: un nuevo impulso a la unificación del derecho**, la reciba la comunidad jurídica a quien va dirigida con el interés que merece por su novedad y profundidad.

Caracas, 12 de mayo de 2004

Iván Rincón Urdaneta

Contenido

Palabras preliminares, Iván Rincón Urdaneta	5
Prólogo, Luis Cova Arria	11
Abreviaturas	15
Introducción	19
Capítulo I. Rasgos innovadores de la contratación electrónica	27
1. La transmisión de datos por medios electrónicos, una nueva forma de celebrar contratos	28
1.1 La contratación electrónica en entornos cerrados	29
1.2 La interconexión de redes en entornos abiertos	33
2. Problemática jurídica de la formación del contrato electrónico	39
2.1 Carácter transfronterizo del contrato electrónico	40
2.2 Multiplicación de los contratos entre ausentes	42

2.3	Normas aplicables a la oferta	45
2.4	Otras particularidades de la contratación electrónica	50
3.	Repercusiones socioeconómicas	54
3.1	Situación anterior a la aparición de Internet	54
3.2	Situación posterior al advenimiento de Internet	56
4.	Dificultades en la aplicación de los criterios de conexión de Derecho internacional privado	59
4.1	Contratos celebrados entre empresarios	59
4.2	Contratos celebrados entre empresarios y consumidores	65
5.	La necesidad de soluciones uniformes en la regulación de la formación del contrato electrónico	67

Capítulo II. Principios reguladores de la formación del contrato electrónico internacional .

1.	La diversidad de los instrumentos jurídicos estudiados	71
2.	Principios consolidados y reglas derivadas de los mismos	78
2.1	Principio de no discriminación de la información contenida en un mensaje de datos	78
2.2	Principio de la equivalencia funcional .	82
2.3	Principio de no alteración del Derecho preexistente	89
2.4	Principio de la neutralidad tecnológica	92
2.5	Reglas derivadas de los principios reguladores de la formación del contrato electrónico internacional	

2.5.1	Momento y lugar de emisión y de recepción de las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes	97
a)	Momento de emisión del mensaje de datos	98
b)	Momento de recepción del mensaje de datos	98
c)	Lugar de emisión y de recepción del mensaje de datos	99
2.5.2	Acuse de recibo de las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes...	102
2.5.3	Identificación de las partes contratantes	104
3.	Principios incipientes	109
4.	Naturaleza de los principios consolidados e incipientes y de las reglas derivadas de los mismos	111
		119
Capítulo III. La contribución de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías a la unificación del contrato electrónico		
1.	Importancia de los criterios unificadores de la CVIM en el Derecho comercial internacional	121
2.	Adaptabilidad de la CVIM a las particularidades de la formación del contrato electrónico.....	123
2.1	Manifestación y prueba del consentimiento	128
2.2	Ámbito de aplicación geográfica de la Convención	128
		131

2.3	Ámbito de aplicación material de la Convención	
2.3.1	Obligación principal del vendedor en el contrato de compraventa electrónico	135
2.3.2	Bienes objeto de los contratos electrónicos y clase de contratos que se celebran en la red.....	137
3.	La formación del contrato electrónico a la luz de la CVIM	141
		143
	Conclusiones	
	Bibliografía	149
	Instrumentos jurídicos citados	157
	Jurisprudencia Citada	165
		169

Prólogo

En tiempos en los que se vocifera una crisis académica por falta de talento en la generación de relevo, el recinto universitario sigue siendo campo propicio para el hallazgo o, en todo caso, formación de tales intelectos.

Uno de esos casos es María de Lourdes Viso Aguilar, quien fuera mi alumna en las cátedras de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior en el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello en 1987, con dominio de lenguas extranjeras como el francés, inglés e italiano, es socia del escritorio Viso, Rodríguez, Cottin, Medina & Asociados, dedicándose en este despacho a asesorar a prestigiosas empresas en negociaciones nacionales e internacionales de índole mercantil y civil.

Destacada alumna, quizá con mayor interés, pues cursó estas cátedras como optativas de un *pensum* en la especialización en Derecho Mercantil, el cual, tal vez no satisfacía las expectativas de María de Lourdes para dedicarse al estudio de las nuevas tendencias de dicha rama del derecho.

Coincidió además esa inquietud con el acelerado surgimiento del comercio electrónico, tema por el que demostró particular interés, tanto con sus iniciativas dentro de las actividades curriculares, como con su constante interés en la investigación.

Es así como en el año 2001 la invitamos a unas conferencias sobre *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*, que organizara la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, conjuntamente con la Cámara de Comercio de Caracas. En dicho foro sorprendió a muchos con su acertado criterio al analizar los aspectos jurídicos de la contratación electrónica a la luz de la ley de mensajes de datos y firmas electrónicas venezolana recién promulgada para ese entonces.

Posteriormente, tuvo que aplazar la presentación del trabajo especial de grado en la especialización en derecho mercantil, pues nuevos horizontes se abrieron ante sí; tal vez la tendencia del estudio europeo forjada en sus años primarios en el Colegio Francia la llevan a optar por sus estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Barcelona, España, lugar hacia donde partió acompañada de su familia, obteniendo en octubre de 2003 el certificado de suficiencia investigadora con la merecida calificación global de sobresaliente.

Producto de esa investigación desarrollada en sus estudios de doctorado es la obra que el lector tiene ante sí, **La formación del contrato electrónico: un nuevo impulso a la unificación del derecho**, la cual sin duda constituye un importante aporte a la ya creciente doctrina en un tema de actualidad.

El trabajo se inserta en dos aspectos fundamentales para el Comercio Electrónico: la contratación y la unificación del derecho. Para ello, inicia con una perspectiva de los rasgos innovadores de la contratación electrónica, el uso de los mensajes de datos, su repercusión socioeconómica y la necesidad de soluciones uniformes.

Seguidamente nos expone los principios reguladores de la formación del contrato electrónico internacional, contenidos en los diversos instrumentos jurídicos, así, el principio de no discriminación de la información conte-

nida en un mensaje de datos, el de la equivalencia funcional, el de no alteración del Derecho preexistente y el de la neutralidad tecnológica.

Para el desarrollo de su investigación, la autora hace uso de la *Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías*, como una herramienta eficaz para la unificación del contrato electrónico. Destaca el análisis efectuado sobre la adaptabilidad de la Convención a las particularidades de la formación del contrato electrónico en cada una de sus etapas.

Las conclusiones de la autora resaltan los cambios que han introducido el uso de medios electrónicos en las formas contractuales, los cuales dice, han dado origen a una serie de reglas materiales uniformes que pretenden regularlo. De esta forma, las características propias de la formación del contrato electrónico se han convertido en elemento propulsor de la unificación del comercio internacional.

Un importante aporte de este trabajo constituye el cuestionamiento que hace la autora sobre la existencia o surgimiento de una *lex electronica* como un nuevo ordenamiento jurídico en forma autónoma, para concluir en su inviabilidad, por tres razones fundamentales: la primera es que los principios y reglas que ésta contiene no son suficientes para regular la totalidad de la relación contractual; la segunda viene dada por el hecho que la formación del contrato electrónico abarca algunos aspectos que normalmente son reguladas por normas de carácter imperativo de los Estados, como en el caso de los contratos en protección de los consumidores; y, en tercer lugar, por el carácter transfronterizo del contrato electrónico, el cual en algunos casos podrá ser considerado como contrato con elementos extranjeros y en otros como sometidos a un único derecho interno, de modo que, la Ley aplicable a cada contrato electrónico podrá ser diferente según el ordenamiento jurídico al cual esté sometido y el grado de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, según el sistema de Derecho internacional privado que les corresponda.

Es entonces como la autora, aun cuando destaca y reconoce la labor que adelantan organismos internacionales, señala que las reglas que se están formando no son suficientes para regular íntegramente la forma-

ción del contrato electrónico, planteando la disyuntiva de si una solución sería aprobar un nuevo texto convencional que regule íntegramente la formación del contrato electrónico, o si es necesario recurrir a otros mecanismos unificadores.

Evidentemente la respuesta a esta interrogante, tal como lo afirma la autora, no es sencilla. El tema de la unificación encontrará siempre sus limitaciones y obstáculos; sin embargo, no debe dejar de acudir a ella, como tal vez la única forma de armonizar los diferentes ordenamientos jurídicos.

No me queda más que felicitar a María de Lourdes Viso Aguilar por su extensa y valiosa investigación, que sin duda constituye una importante contribución a la doctrina mercantil en Venezuela, publicada por la *Gaceta Forense del Tribunal Supremo de Justicia*.

Luis Cova Arria

Abreviaturas

AAVV	Autores varios
ADR	Resolución alternativa de disputas (siglas en inglés)
AEDED	Asociación Española para el Derecho y la Economía Digital
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AENOR	Asociación Española de Normalización y Certificación
BOE	Boletín Oficial del Estado (Español)
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CE	Comunidad Europea
CEFACT-ONU	Centro de las Naciones Unidas para facilitar el comercio y las transacciones electrónicas (siglas en francés)

CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Convención de Roma	Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980
CRID	Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit de la Facultad Universitaria de Namur, Bélgica
CVIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980
DOCE	Diario oficial de la CE
ECODIR	Electronic Consumer Dispute Resolution
EDI	Intercambio electrónico de datos (siglas en inglés)
FCR	Fundación Catalana per a la Recerca
FTP	Transferencia de ficheros (siglas en inglés)
GUIDEC	General Usage for International Digitally Ensured Commerce, de noviembre de 1997
GUIDEC II	General Usage for International Digitally Ensured Commerce, de octubre de 2001
IP	Protocolo de Internet (siglas en inglés)
Ley 34/2002 sobre Comercio Electrónico	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, aprobada el 11 de julio de 2002

Ley Modelo sobre Comercio Electrónico	Aprobada por la CNUDMI en 1996, completada por el artículo 5 bis en junio de 1998
Ley Modelo para las Firmas Electrónicas	Aprobada por la CNUDMI en 2001
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A.
LMDF	Decreto con fuerza de Ley venezolano sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, publicado en <i>Gaceta Oficial</i> N° 37.148 del 28 de febrero de 2001
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
Principios UNIDROIT	Principios relativos a los contratos de comercio internacional de 1994
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
Recomendación N° 26	Modelo de acuerdo de intercambio EDI para Europa. Aprobada en 1995 por el WP.4
Recomendación N° 31	Modelo de acuerdo de comercio electrónico. Aprobada en mayo de 2000 por la CEFAC-ONU
Reglas UNCITRAL	Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission
REICAZ	Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
TELNET	Terminal virtual (siglas en inglés)
UE	Unión europea

UETA	Uniform Electronic Transactions Act (1999) prepared by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
Web	World Wide Web (siglas en inglés)
WP.4	Grupo de trabajo sobre la facilitación de los procedimientos comerciales internacionales, el cual está copatrocinado por la Comisión Económica para Europa y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (siglas en inglés)

Introducción

Desde hace algunas décadas, cada vez más frecuentemente, se han venido incorporando a la vida cotidiana un sinnúmero de avances tecnológicos que han repercutido significativamente en todos los órdenes de la organización y funcionamiento de la sociedad. Dichos avances han producido la necesidad de ajustar, en mayor o menor medida, según el caso, las normas jurídicas a esa nueva realidad social. Pensemos en lo que ha significado la informática con sus infinitas aplicaciones prácticas en todos los campos del conocimiento y la incidencia específica que ha tenido en las ciencias jurídicas.¹

Sin embargo, ninguno de estos avances ha causado un impacto tan hondo en la sociedad como la transmisión de datos informáticos por medios electrónicos, permitiendo la interconexión de ordenadores para conformar una red capaz de transferir información por medio de los mensajes

¹ El profesor Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 46, señala que: “La informática, entendida como la ciencia del tratamiento automático de la información, con las posibilidades que ofrece de almacenamiento y tratamiento de la documentación y la recuperación de la información registrada en soportes magnéticos, permite controlar esa información y puede llegar a convertirse en un instrumento de presión y control social”.

de datos,² sin importar la distancia geográfica. El ejemplo paradigmático de esta nueva forma de comunicación es Internet.

En efecto, la telemática entendida como la unión de las telecomunicaciones con la informática,³ es la que permite la transmisión de datos por medios electrónicos. Esta combinación de tecnologías ha producido unas transformaciones en la realidad social de tal magnitud, que si bien en la actualidad son apenas perceptibles en el Derecho, el resultado final es impredecible en la medida de que cada día los avances tecnológicos en esta materia se producen con mayor velocidad⁴ y su repercusión innovadora en el campo jurídico es inevitable.

De otra parte, los cambios experimentados no se limitan a una determinada disciplina jurídica, sino que afectan o en todo caso afectarán a todas las disciplinas del Derecho, tanto en las relaciones de Derecho interno, como en las de Derecho internacional, llegando a pretender modificar incluso los límites existentes entre ambos órdenes;⁵ o ponien-

² Según el artículo 2.a) de La Ley Modelo de Comercio Electrónico de la CNUDMI “por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

³ Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 23 y nota 6 de esa misma página.

⁴ Algunos autores buscan ejemplos históricos para establecer la magnitud de estos cambios. Así pues, véase la obra de Rafael Illescas Ortiz, *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, 1ª edición, p. 34, en la que el autor compara el impacto del comercio electrónico en la contratación mercantil al que produjo la sustitución de la tabla de piedra por el papiro y la del pergamino al papel; también el autor Javier de Andrés Blasco, *¿Qué es Internet?* en *Principios de Derecho de Internet*, Pablo García Mexía (Director), Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 33, compara la creación de ARPANET, predecesor inmediato de Internet, con la invención de la máquina de vapor. Otros como Alain Bensoussan, *Le Multimedia et le droit*, Hermes, Paris, 1998, 2ª edición revisada y corregida, p. 41, asocia el multimedia, que como veremos es una de las nuevas tecnologías que se potencia cuando es utilizada en Internet, a la revolución que produjo la imprenta. Así pues el citado autor señala: “La asociación de sonidos, imágenes, textos numéricos constituyen en el alba del siglo XXI una revolución industrial tan importante como la del automóvil o quizás como la de la imprenta. Asistimos al nacimiento de una nueva civilización en la cual grandes volúmenes de datos circulan a velocidades cada vez más elevadas, por intermedio de las redes de telecomunicación, sin que haya una aduana que lo pueda impedir”(traducción libre).

⁵ Véase a Sylvaine Poillot Peruzzeto, *Réflexion sur les méthodes de coordination/ unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques*, en línea, <http://www.peruzetto.com/art/unifcoor.art.htm>, última revisión efectuada el 09-10-2002, p. 1, la autora sostiene que los contratos electrónicos celebrados en Internet son por esencia internacionales, por cuanto la localización de las partes puede ser totalmente artificial.

do en duda cuáles son los límites del concepto de soberanía de los Estados;⁶ o permitiendo sostener que existe un nuevo ordenamiento jurídico fuera de la jurisdicción de los Estados, que regula el *Ciberespacio*,⁷ de acuerdo con la óptica que se interprete los cambios producidos por el uso del medio electrónico, particularmente cuando esto ocurre en entornos abiertos tales como Internet.⁸

Así pues, deliberadamente hemos comenzado este trabajo resaltando el carácter revolucionario que tiene la utilización del medio electrónico en la actualidad y las repercusiones que producirá en todos los ámbitos del Derecho, pues, aun cuando nuestro trabajo se va a limitar a la unificación de reglas y de soluciones en el área contractual, particularmente en lo relativo a la formación de los contratos internacionales, consideramos esencial enfocar este tema, teniendo en cuenta que sus efectos no se restringen a una determinada área, sino que estos avances tecnológicos traen consigo unos cambios de orden general y que difícilmente se podrán detener.

La afirmación anterior es acorde con lo expresado por el profesor Miguel Ángel Davara Rodríguez cuando señala que:

En el mundo jurídico, con la utilización de los modernos medios técnicos, el Derecho adquirirá precisión y claridad, tanto en su comprensión como en su aplicación, y las nuevas tecnologías asociadas al ordenador cambiarán los métodos y estructura de

⁶ Véase *infra* Nº 2.3 del primer capítulo. Alexandra Zanobetti, *Contract law in international electronic commerce*, en *RDAL*- Nº 5,-2000, p. 535 señala lo siguiente: “Con Internet, hay que reconocer que se presenta el mismo tipo de problema: a un Estado le resulta muy difícil imponer sus derechos soberanos, en este nuevo medio” (traducción libre).

⁷ Según Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 2001, 2ª edición actualizada, p. 76: “Se ha llegado a proponer la consideración del ciberespacio como una jurisdicción independiente, diferenciada de las estatales, con mecanismos propios de producción de normas y órganos específicos de solución de controversias”. En tal sentido véase la declaración del famoso cibernauta John P. Barlow reproducida por el autor Pablo García Mexía, *Capítulo Preliminar: El Derecho de Internet*, en *Principios de Derecho de Internet*, *Ob. Cit.*, p. 100.

⁸ Véase la obra de Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Ob. Cit.*, capítulo primero, Nº V, pp. 75 a 98.

pensamiento del jurista;⁹ o cuando en la misma obra afirma que: Esta alianza entre las telecomunicaciones y la informática ofrece una expectativa de prestaciones que hace pocos años podía considerarse de ciencia ficción.¹⁰

El enfoque anterior no significa que desconozcamos las limitaciones legales que todavía existen y que perdurarán por algún tiempo en determinadas áreas para el uso del medio electrónico. Para ello baste ver los trabajos realizados por el grupo de trabajo de comercio electrónico de la CNUDMI,¹¹ que en los últimos años se ha dedicado, entre otras tareas, a recoger los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en lo relativo a los instrumentos internacionales de comercio internacional; o las dificultades que tienen los países de Derecho civil con respecto a los documentos en los cuales la legislación exige la intervención de un funcionario público, tal como es el caso en que es necesaria la presencia de un notario, de un registrador o de una autoridad judicial.¹²

No obstante, no es descabellado pensar que en un futuro no muy lejano se generalizará cada vez más el uso del medio electrónico en todas las disciplinas del Derecho, pues si examinamos, a título de ejemplo, la Directiva 99/93/CE relativa a la Firma Electrónica, la misma admite la utilización de la firma electrónica en el sector público cuando en el artículo 3.7 dispone:

⁹ Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 22.

¹⁰ *Ob.* antes citada, p. 23.

¹¹ Según la información que consta en línea de esta misma organización en <http://www.uncitral.org/spanish/news/faq-s.htm>: “La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se estableció en 1966 con el mandato general de promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional”.

¹² Véase por ejemplo el artículo 9.2 de la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 sobre Comercio Electrónico que permite a los Estados miembros restringir la celebración de contratos electrónicos en determinadas áreas, a saber: los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con excepción de los de arrendamiento; los contratos que requieran por Ley la intervención de los tribunales, autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías personales por motivos ajenos a la actividad profesional o económica del sujeto; los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.

Los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a posibles prescripciones adicionales... Estas prescripciones no deberán obstaculizar los servicios transfronterizos al ciudadano.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 9 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico establece la obligación para los países miembros de hacer una revisión quinquenal de los contratos que no pueden celebrarse por medios electrónicos, y de motivar la exclusión de dichos contratos. Esto nos sugiere que progresivamente la lista de contratos excluidos podrá disminuir, en la medida de que los países miembros adapten sus legislaciones a las nuevas tecnologías y de que éstas aporten soluciones equivalentes a las tradicionales, que permitan celebrar electrónicamente aquellos contratos u actos en los que es indispensable, de acuerdo con ciertas legislaciones, la presencia de un funcionario público.

De tal manera, que el presente trabajo se va a centrar en la viabilidad de la unificación de las reglas jurídicas aplicables en la formación del contrato electrónico internacional y si esta unificación no es posible, sino parcialmente, a identificar algunas vías para obtener soluciones uniformes o armónicas, partiendo de la premisa de que el elemento electrónico no es un fenómeno aislado y limitado a la disciplina del Comercio internacional¹³ y que estas modificaciones de orden general también influyen en forma decisiva en la formación del contrato electrónico.

Esta visión general nos va a permitir darle su justo valor a la pretendida autonomía normativa del *Ciberespacio*, denominada por ciertos autores como *lex electronica*,¹⁴ o ver el carácter limitado que puede tener la *lex mercatoria* en la unificación de reglas del contrato electrónico internacional, por lo menos, en los términos de su concepción tradicional.¹⁵ También, nos ayudará a comprender el papel protagónico que tie-

¹³ En tal sentido el autor Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, París, 2002, N° 8, y N° 40, acoge el criterio de que el comercio electrónico debe ser interpretado en forma extensiva y que debe ser concebida y regulada de forma unitaria.

¹⁴ Véase *infra* las pp. 115 y 116.

¹⁵ Véase *infra* p. 118.

nen los Estados, las organizaciones internacionales de carácter gubernamental y las asociaciones empresariales, en la unificación de dichas reglas, bien sea recurriendo a los métodos uniformadores tradicionales u otros más innovadores, que permitan superar los retos que plantea el carácter transfronterizo del contrato electrónico. Asimismo, el enfoque general que proponemos nos permitirá abarcar en nuestro análisis, tanto la problemática del operador internacional tradicional cuando éste hace uso de las nuevas tecnologías para contratar, como la de los nuevos actores del Comercio internacional que han surgido a raíz de la interconexión en redes abiertas como Internet.

Adicionalmente, en este trabajo trataremos de resaltar los factores económicos y sociales que influyen en la regulación del contrato electrónico, pues estos factores son puestos de relieve en gran parte de los trabajos de las organizaciones internacionales de carácter intergubernamental que se ocupan de la materia, tales como la Conferencia de La Haya, la CNUDMI, o la Unión Europea; y por las asociaciones empresariales, como la CCI. Además, el medio electrónico ha contribuido a democratizar el sector del Comercio internacional facilitando el acceso a un mayor número de actores, y reduciendo la importancia que tradicionalmente tenía en ese medio, la capacidad patrimonial de los operadores intervinientes.¹⁶ Dicha democratización necesariamente tiene que ser tomada en consideración en los métodos de unificación de las normas jurídicas aplicables al contrato electrónico o en la búsqueda de soluciones uniformes.

El contrato electrónico al que nos referiremos en este trabajo es aquel que el profesor Miguel Ángel Davara Rodríguez denomina contrato por medios electrónicos.¹⁷ Sin embargo, a los efectos de nuestro trabajo, nos concentraremos especialmente en aquellos contratos de naturaleza civil o mercantil en cuya formación interviene el elemento electrónico como un medio de transmitir la manifestación de voluntad de una o de ambas partes. Por tanto, de la ejecución de los contratos por medios electrónicos, solamente nos ocuparemos cuando destaquemos la pro-

¹⁶ Véase *infra* N° 3.2 del primer capítulo.

¹⁷ Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 165.

blemática que surge en aquellos contratos en los que la ejecución constituye uno de los elementos objetivos de conexión para la determinación de las reglas de conflicto aplicables a la formación de un contrato electrónico con elementos extranjeros.

Tampoco trataremos, sino en forma incidental, los contratos para obtener servicios electrónicos, tales como los de interconexión a la red, o los de los certificadores de firmas electrónicas, salvo en aquellos casos en que esto sea necesario para evaluar la repercusión que puede tener la actuación de los proveedores de acceso a la red, en la transmisión de la manifestación de voluntad de las partes para la formación del contrato; cuando sea preciso explicar ciertos aspectos técnicos que inciden en el tiempo y lugar de celebración de los contratos electrónicos; o en la inalterabilidad y confidencialidad de dichos contratos.

De otra parte, aun cuando la posible unificación de reglas o de soluciones jurídicas que estudiaremos, debería ser aplicable tanto a situaciones de Derecho interno, como a las que contienen elementos de extranjería, pues tal como veremos en el segundo capítulo, actualmente existen unos principios y reglas consolidados o en vías de consolidación relativos a la formación del contrato electrónico, básicamente trataremos los contratos internacionales. Así pues, a los efectos de nuestra investigación hemos querido aprovechar que en el ámbito internacional contamos con un valioso instrumento unificador de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, tal como lo es la Convención de Viena de 1980 (CVIM).

De tal manera que hemos escogido como punto de partida de nuestra investigación, la CVIM para determinar si sus criterios unificadores responden a las necesidades de la contratación electrónica y a partir de este estudio definir cuáles son los nuevos retos para unificar la formación del contrato electrónico en el Comercio internacional. Es por ello que, en principio, consideraremos como contratos electrónicos internacionales a aquellos contratos en los que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, a fin de acoger un criterio de internacionalidad semejante al contenido en dicha Convención. No obstante, en nuestro análisis es ineludible tratar la problemática específica

de los contratos electrónicos que hace difícil determinar si estamos en presencia de un contrato sometido a las normas de Derecho interno o si se le deben aplicar las normas de conflicto de Derecho internacional privado u otras convenciones o reglas de Derecho uniforme; lo cual a la vez, nos permitirá precisar el concepto del contrato electrónico con elementos extranjeros y evaluar la pertinencia del recogido en la CVIM.

Así pues, en el primer capítulo nos dedicaremos a considerar los rasgos innovadores de la contratación electrónica y cómo dichos rasgos constituyen un impulso a la unificación del Derecho comercial internacional y en qué medida este impulso unificador también afecta al Derecho interno de los Estados; en el segundo capítulo, estudiaremos los principios y las reglas que están emergiendo en materia de formación del contrato electrónico internacional; y en el tercer capítulo examinaremos si la CVIM, considerada como un mecanismo unificador puede colaborar en la unificación de reglas materiales sobre la formación del contrato electrónico.

Capítulo I

Rasgos innovadores de la contratación electrónica

Los contratos electrónicos contienen unas diferencias importantes con respecto a los celebrados por medios tradicionales. Sin embargo, las innovaciones no siempre son debidas a la utilización del medio electrónico en sí mismo, sino que también provienen, entre otros factores, de los cambios económicos y sociales que ha experimentado el Comercio internacional, gracias a la Telemática; a la forma en que operan las redes por donde transitan los mensajes electrónicos; a la dificultad de saber si estamos en presencia de un contrato con un elemento de extranjería o si se trata de uno sometido al Derecho interno de un determinado Estado. Asimismo, más adelante veremos cómo el grado de innovación variará según la tecnología empleada y según se trate de un contrato celebrado en un entorno de redes cerradas o abiertas.

Es por ello, que en este capítulo procuraremos precisar la naturaleza de estos cambios, los efectos jurídicos de los mismos en la formación de los contratos y las razones que nos permiten afirmar que los contratos

electrónicos constituyen un factor decisivo para avanzar en la unificación de reglas y de soluciones en el Comercio internacional.¹⁸

1. LA TRANSMISIÓN DE DATOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, UNA NUEVA FORMA DE CELEBRAR CONTRATOS

El elemento electrónico ha suscitado las más acaloradas discusiones en torno a la naturaleza de las modificaciones que ha introducido en la disciplina del Derecho¹⁹ y a la capacidad de adaptación de las normas jurídicas preexistentes a los nuevos supuestos de hecho. La respuesta al tema anterior es compleja y a nuestro juicio admite soluciones aparentemente contradictorias.

En efecto, si nos aproximamos al problema estableciendo la magnitud de las diferencias que existen entre un contrato consensual en que el consentimiento es manifestado por medios electrónicos o cuando éste queda expresado mediante el intercambio de una oferta y una aceptación contenidos en soporte papel, concluiremos que no existe una diferencia sustancial entre ambos contratos. El contrato sigue siendo el mismo, la única innovación consiste en el medio utilizado para manifestar el consentimiento, lo cual se reduce a un problema probatorio²⁰ y técnico en la medida de

¹⁸ Véase el *documento preliminar N° 17* de la Conferencia de La Haya del 17 de febrero de 2002, preparado por Avril D. Haines para el Comité permanente, p. 17, en el que el autor resalta la importancia de buscar una armonización más dirigida hacia el establecimiento de reglas de Derecho material para resolver la problemática causada por Internet en el Comercio internacional.

¹⁹ Véase a Pablo García Mexía en *El Derecho de Internet*, en *Principios de Derecho de Internet*, *Ob. Cit.*, p. 109, que discurre acerca de la conveniencia de crear una disciplina nueva que se ocupe del Derecho de Internet. De su parte, el Consejo de Estado de Francia niega la necesidad de crear un Derecho específico para Internet y sus redes. Sobre lo anterior véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.* p. 12, nota 54.

²⁰ Más adelante veremos, cómo incluso las modificaciones en materia probatoria son reducidas en la medida de que se parte del principio de la equivalencia funcional entre el documento electrónico y el documento escrito, lo cual facilita el tratamiento jurídico de dicho documento.

que es necesario establecer los efectos jurídicos que produce la transmisión de información por medios informáticos.²¹

Este enfoque fue el que privó en los inicios de la contratación electrónica en entornos cerrados que trataremos a continuación. Por el contrario, si centramos nuestra atención en la contratación electrónica en entornos abiertos, nos veremos obligados a reconocer que se requieren de cambios normativos mucho más profundos que los de una simple adaptación de normas jurídicas.

La importancia de estos cambios son reconocidos por el autor Pedro Alberto De Miguel Asensio cuando señala:

El nuevo significado de la información impone notables exigencias de adaptación al ordenamiento jurídico, que van más allá de la mera actualización de sectores concretos, para afectar al ordenamiento en su conjunto, pues la inmaterialidad y la ubicuidad características de la información en el entorno digital, condicionan ahora decisivamente tanto la posibilidad de establecer relaciones como la configuración de éstas.²²

1.1 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN ENTORNOS CERRADOS

Esta forma de contratación es anterior a la utilización de las redes abiertas para fines comerciales.²³ Las redes informáticas privadas, especialmente

²¹ Véase la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI y la Guía para la incorporación al derecho interno aprobada en 1996, completada por el artículo 5 bis, en la forma aprobada por la Comisión en su 31º período de sesiones, en junio de 1998, en línea <http://www.uncitral.org> que constituye una referencia obligatoria en materia de comercio electrónico y cuyo valor, a nuestro juicio, es mucho mayor al de un simple modelo de ley, ya que propone una serie de reglas que relacionan los aspectos técnicos del medio electrónico con los efectos jurídicos que deben producir.

²² Pedro Alberto De Miguel Asensio, *El derecho internacional privado ante la globalización*, en *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 49.

²³ A título de ejemplo, el sistema SWIFT comenzó a operar en 1977 con la finalidad de permitir la comunicación interbancaria por medio de una red privada. Dicho sistema es el que ha permitido un alto grado de eficiencia en la celebración de operaciones bancarias internacionales, tal como es el caso de las transferencias internacionales. Por el contrario, Internet fue oficialmente conocida con este nombre en 1995, cuando fue privatizada. Antes de esta fecha se denominaba ARPANET, y se encontraba en fase experimental.

aquellas que utilizan los mensajes EDI,²⁴ han tenido una gran aceptación en el medio empresarial, pues permiten la interconexión de un determinado número de ordenadores, sin importar las distancias geográficas que los separan. Asimismo, la velocidad de transmisión y recepción de los mensajes constituyen uno de sus principales atractivos. Sin embargo, el nivel de inmediatez del envío y recepción de un mensaje EDI dependerá en gran medida del tipo de red utilizado.²⁵

Los contratos por EDI requieren que los equipos empleen un mismo lenguaje informático y que los mensajes tengan un formato predeterminado. Lo anterior ha impulsado a trabajar en algunas iniciativas destinadas a unificar criterios técnicos para favorecer la utilización de unos protocolos de comunicación y unos mensajes normalizados.²⁶

Así pues, las características propias del funcionamiento de las redes privadas obligan a las partes a desarrollar actividades previas a la celebración de contratos por este medio. En efecto, para instalar una red privada se requiere que las partes acuerden sobre el contenido de los mensajes EDI,²⁷ el tipo de red que será utilizada, el protocolo de comunicación, los códigos que emplearán las partes²⁸ y los efectos jurídicos que producirán dichos aspectos técnicos.

²⁴ Véase el artículo 2.b. de La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que define al intercambio electrónico de datos (EDI) como: "...la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna técnica convenida al efecto".

²⁵ Véase a Rosa Julià Barceló, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 51.

²⁶ En Europa las labores de unificación han estado a cargo de un grupo de trabajo nombrado por la comisión económica para Europa de las Naciones Unidas, denominado *Working Package 4*. En Estados Unidos las normas normalizadoras han sido elaboradas por el *American National Standards Institute*. Véase Rosa Julià Barceló, *Ob. Cit.*, pp. 53 a 63.

²⁷ La información contenida en los mensajes EDI se limita a textos precisos que las partes han acordado previamente en un formato estandarizado, es decir, que la capacidad de transmitir información es reducida.

²⁸ En las redes privadas, para que sea posible la transmisión de información de un ordenador a otro, se requiere que los ordenadores empleen un lenguaje común en el protocolo de transporte y de acceso a la red. Por el contrario, en las redes abiertas, como Internet, cualquier ordenador puede interconectarse, bien sea un Macintosh o un PC, porque las normas técnicas que lo hacen posible, es decir, los protocolos TCP/IP se aplican a los mensajes de datos y no a los ordenadores. Sobre esto último, véase Jean Haguët, *Internet. Guide stratégique et pratique pour l'entreprise*, Masson, Paris- Milan- Barcelone, 1996, p. 7.

Los aspectos técnicos arriba mencionados, unidos a la necesidad de dotarlos de efectos jurídicos y a la ausencia generalizada de leyes sobre la materia, en los comienzos de la utilización de las redes privadas, fue lo que propició la práctica de los comerciantes de celebrar por escrito y previamente al inicio de sus relaciones comerciales, un convenio marco denominado acuerdo de intercambio EDI.²⁹ En la actualidad, estos acuerdos tienen plena vigencia, gracias a la labor de organizaciones de la más variada naturaleza, que han elaborado directrices y modelos de acuerdos, que no solamente siguen siendo utilizados en entornos cerrados, sino que algunos de ellos han sido decisivos para la regulación de la contratación electrónica en entornos abiertos.³⁰

De otra parte, tal como lo veremos más adelante, por lo menos dos de los modelos antes señalados, concretamente el elaborado por la Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas en 1995 y el aprobado por la CE mediante la recomendación de la Comisión del 19 de octubre de 1994, constituyen, a nuestro juicio, un claro ejemplo de los nuevos métodos de unificación del comercio internacional.³¹

Ahora bien, los contratos electrónicos en redes privadas no presentan grandes retos jurídicos en la medida de que los acuerdos de intercambio a los que hemos aludido anteriormente son unos instrumentos idóneos para regular las relaciones de las partes, ya que versan sobre obligaciones contractuales en donde prima la autonomía de la voluntad. La ante-

²⁹ Los autores Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, en *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la Lex electronica*, RDAI/IBLJ, N° 5, 1997, nota 96, señalan que la celebración de un acuerdo de intercambio EDI, pareciera no haber sido una práctica generalizada. Sin embargo, reconocen que un número importante de utilizadores de los EDI acordaban previamente los términos en los que se desarrollaría la relación contractual.

³⁰ En contra de esta afirmación Olivier Cachard, *Ob. Cit.*, N° 214 a 220. En cambio otros autores como el profesor Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, pp. 255 a 257 y Olivier Hance, *Business et Droit d' Internet*, The best of Mc Graw Hill, s.l., 1996, p. 155, proponen la utilización de dichos modelos en los contratos electrónicos celebrados en redes abiertas. Adicionalmente, en el siguiente capítulo veremos cómo es innegable la influencia de algunos de estos modelos en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

³¹ El preámbulo de la Recomendación resalta la necesidad de que los operadores comprendan las implicaciones jurídicas de las transacciones efectuadas por medio de EDI, en vista del rápido desarrollo del intercambio electrónico a nivel mundial.

rior afirmación es reforzada porque cada vez son más los Estados que han promulgado leyes para reconocer la validez de los contratos celebrados por medios electrónicos y para admitir la prueba informática.

En efecto, la problemática jurídica que pudiera crear la formación del contrato electrónico en entornos cerrados con elementos extranjeros, por tratarse de un contrato entre ausentes,³² y el régimen de responsabilidades de las partes y de los operadores de la red,³³ por la transmisión de los mensajes EDI, es solucionada mediante el establecimiento de estipulaciones contractuales apropiadas y especialmente mediante la elección de la forma de resolver los conflictos y la Ley aplicable a los contratos.

Sin embargo, existe una innovación técnica en los contratos por EDI en materia de consentimiento, que nos puede ilustrar el alcance de la tecnología informática, la cual difícilmente se reduce a un simple medio de comunicación. Así, en los contratos por EDI el medio electrónico no solamente sirve como una forma de comunicarse, sino que el sistema puede ser diseñado de manera tal, que los programas informáticos decidan automáticamente la oportunidad adecuada para celebrar los contratos, en base a criterios tales como los niveles de los inventarios.³⁴ Aun cuando esta característica también es posible regularla satisfactoriamente en el acuerdo de intercambio EDI, veremos más adelante que su tratamiento jurídico puede ser más problemático en entornos abiertos.³⁵

³² A pesar de que la velocidad en el intercambio de mensajes EDI varía según el tipo de red utilizada, es una opinión generalizada de que se trata de contratos entre ausentes. Trataremos este tema en el capítulo siguiente.

³³ El régimen de responsabilidades puede ser extremadamente delicado. A título de ejemplo podemos citar en el caso de SWIFT, el reglamento delimita claramente cuando esta institución es responsable por las fallas en la transmisión de las órdenes y cuando éstas son atribuibles a las instituciones bancarias. Sobre esto último véase a Javier Carrascosa González, *Medios de Pago Internacionales*, en AAVV *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 732 a 838.

³⁴ Véase Olivier Hance, *Ob. Cit.*, p. 155.

³⁵ Véase a Rosa Julià Barceló, *Ob. Cit.*, p. 53. Véase, Apol.lònia Martínez Nadal, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*, Civitas, Madrid, 2000, 2ª edición, nota 8. Véase a C.C. Nicoll, *Can Computers Make Contracts?*, en *The Journal of Business Law*, January 1998, London, pp. 35 a 49.

1.2 LA INTERCONEXIÓN DE REDES EN ENTORNOS ABIERTOS

La interconexión de redes en entornos abiertos permite que cualquier persona pueda conectarse a este sistema, por un precio módico, e independientemente del tipo de ordenador empleado, gracias a la utilización de un lenguaje informático común en la transmisión de los mensajes de datos. Esta característica constituye una de las diferencias básicas con respecto a las redes cerradas, debido a que estas últimas operan con un número limitado de participantes y los equipos informáticos deben ser compatibles entre sí. Sin embargo, las redes en entornos abiertos pueden ser concebidas para permitir que a ellas se interconecten redes privadas, de forma de disminuir los costos operativos de estas últimas.³⁶

Internet es, por excelencia, el ejemplo de interconexión en redes abiertas. Aun cuando recientemente se ha venido trabajando en Internet 2,³⁷ nos ocuparemos únicamente de Internet, en vista de que es la única que ha sido utilizada para fines comerciales. Según Javier de Andrés Blasco, Internet es:

...un sistema global de información que: está relacionado lógicamente por un único espacio global de direcciones basado en el protocolo IP o en sus extensiones; es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones y/o otros protocolos compatibles con IP; proporciona, usa o hace accesible, de manera pública o privada, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas.³⁸

En realidad, Internet tiene una estructura compleja en el sentido de que no es una red en sí misma, sino que constituye “*un entramado mundial de redes conectadas entre sí*”,³⁹ cada una de ellas con diferentes ca-

³⁶ Véase nota anterior.

³⁷ Véase el interesante trabajo de Javier de Andrés Blasco, *¿Qué es Internet?*, en *Principios de Derecho de Internet*, Ob. Cit., pp. 29 a 97.

³⁸ Ob. Cit., p. 29.

³⁹ Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, Ob. Cit. p. 27.

pacidades y alcance técnico.⁴⁰ Así pues, Internet alberga tecnologías que van desde el simple correo electrónico, el cual se asemeja *mutatis mutandi* al correo postal tradicional,⁴¹ hasta otras como *Telnet*,⁴² que permiten operar a distancia, mediante un ordenador local, un ordenador situado en cualquier parte geográfica; u otras todavía más poderosas como el *Word Wide Web*, mejor conocida como la *Web*, que por sus características logra hacer accesible a todo tipo de público las innovaciones propias de la comunicación por medios electrónicos y cuya reglamentación plantea los mayores retos jurídicos en Internet.

En efecto, la *Web* es, por los momentos, la tecnología más potente de Internet, pues su forma de operar le permite, a diferencia de las otras tecnologías, acceder a casi todos los servicios de Internet, tales como *Telnet*, antes mencionado, *Gopher*, *FTP*,⁴³ *WAIS*,⁴⁴ a excepción del buzón de correos electrónicos o a los grupos de discusión.⁴⁵ Sin embargo, desde una página *Web* es posible conectarse con el servicio de correo electrónico del usuario para dirigir un mensaje a la dirección de correo electrónico indicada en la página *Web*.

⁴⁰ Véase Olivier Hance, *Ob. Cit.*, p. 39.

⁴¹ Sin embargo, esta comparación tiene ciertas limitaciones, en la medida de que el correo electrónico se diferencia del correo tradicional en el grado de confidencialidad, que es menor; en la posibilidad de reenviar fácilmente un correo electrónico a otras personas distintas del destinatario, lo cual permite que terceros puedan conocer la dirección de correo electrónico de las personas que han recibido previamente dicho mensaje; en que la dirección del correo electrónico no está ligada a la ubicación geográfica del titular, teniendo por efecto que se puedan enviar y recibir correos electrónicos desde cualquier parte del mundo, sin necesidad de cambiar de dirección.

⁴² Esta tecnología ha caído en desuso, aun cuando todavía es una importante fuente de información en la red y además sirve para recuperar el correo electrónico desde un ordenador distinto al que originalmente contrató este servicio con el proveedor de acceso a la red. Véase a Jean Haguét, *Ob. Cit.*, p. 25.

⁴³ Permite transferir ficheros contentivos de textos o de programas informáticos entre ordenadores distantes. Véase Olivier Hance, *Ob. Cit.*, p. 42; Javier de Andrés Blasco, *Ob. Cit.*, pp. 57 y 58.

⁴⁴ Según Javier de Andrés Blasco, en la obra antes citada, p. 63, WAIS es: "una herramienta que permite encontrar documentos indexados en bases de datos mediante una clave de búsqueda y el nombre de base de datos seleccionada".

⁴⁵ Véase Jean Haguét, *Ob. Cit.*, p. 131.

La *World Wide Web* está diseñada a partir de la combinación de la tecnología de hipertextos, de Internet y de la multimedia.⁴⁶ La *Web*⁴⁷ es un entramado de documentos vinculados entre sí mediante la técnica de los hipertextos, que como ya hemos señalado, es una de sus características principales. Así pues, cada página o sitio *Web* establece los vínculos que le parecen apropiados con otros sitios de la misma red o con documentos pertenecientes a las otras redes que conforman Internet.⁴⁸ Dichos vínculos son incorporados en el momento de la elaboración de la página en cuestión.

La comunicación entre los textos se realiza pulsando⁴⁹ el ratón del ordenador sobre una palabra o una imagen de la página *Web* que haya sido destacada, bien sea por estar subrayada, en negrillas o en un color distinto al del resto del texto. Esta acción permitirá conectar la página *Web* original con una nueva página que tratará acerca del tema vinculado por la palabra o imagen destacada. El nuevo texto podrá estar ubicado en un lugar distinto dentro del mismo servidor al que pertenece la página *Web* original, o en otro servidor ubicado en cualquier parte del planeta, sin importar la distancia geográfica que los separa.

Así pues, la función de hipervínculos de la *Web* tiene un alcance global, gracias a las múltiples redes de Internet instaladas en todas partes del mundo, que constituye la segunda característica de esta tecnología. De

⁴⁶ Jean Haguët, *Ob. Cit.*, p. 130.

⁴⁷ Esta explicación no pretende ahondar en detalles técnicos, sino destacar aquellas características que tienen relevancia en el ámbito contractual. Sobre el detalle de los aspectos técnicos de la *Web*, véase a Javier de Andrés Blasco, *Ob. Cit.*, pp. 60 a 62.

⁴⁸ Verbigracia, el *documento preliminar N° 12 sobre comercio electrónico y competencia jurisdiccional* de la Conferencia de La Haya, redactado por la profesora Catherine Kessedjian, con la ayuda del equipo de Derecho internacional privado del Ministerio de Justicia del Canadá, citado en la bibliografía, fue obtenido de la siguiente manera: para acceder a dicho documento que es un fichero FTP, el cual pertenece a una tecnología distinta a la de los sitios *Web*, solamente tuvimos que buscar en el sitio *Web* de la Conferencia de La Haya la mención del referido documento, y pulsar con el ratón sobre la palabra destacada, a fin de que dicho archivo se descargase en nuestro ordenador. Este es un ejemplo de cómo la *Web* se puede relacionar con otras tecnologías de Internet.

⁴⁹ Hemos elegido el verbo pulsar para traducir el término inglés "to click". Según el diccionario de María Moliner una de las acepciones de la palabra pulsar es: "Hacer presión sobre un interruptor de luz, timbre, tecla, etc., con la yema del dedo o con la mano".

tal manera, que el contenido de una página *Web* es, en principio, accesible en cualquier parte del mundo, eliminando las barreras geográficas, gracias a la inmediatez de la comunicación electrónica. Este segundo aspecto es el que hace posible que se resalte la ubicuidad de la información en la red.

El tercer aspecto que caracteriza a la *Web*, es su capacidad de hacer uso del multimedia. “*El multimedia es producto de la alianza de diferentes tecnologías de la comunicación. El color, los gráficos, los sonidos, las imágenes fijas y animadas son las expresiones más visibles del multimedia*”.⁵⁰ Este último elemento de las páginas *Web*, es el que le permite a los propietarios de las mismas, crear una imagen virtual, que algunos denominan escaparate virtual, en el que la empresa promocionada y los productos o servicios ofrecidos producen la impresión de que tienen una presencia casi tangible al público.

La sensación de presencia física aumenta para los usuarios de Internet, en aquellas páginas *Web* que son interactivas, es decir, que combinan la capacidad multimedia con la función de hipertextos, para permitir, dentro de ciertos límites, que se establezca un diálogo, casi simultáneo, entre el comerciante⁵¹ y el posible cliente, sin importar las distancias geográficas que los separan. Sin embargo, la sensación de corporeidad que producen las páginas *Web*, no solamente es desvirtuada por el carácter informático de la información que suministran, sino también, porque para tener una página *Web*, ni siquiera hace falta ser propietario de un servidor u ordenador que la conecte a la red, bastando tan sólo que se pague un alquiler al propietario de un servidor para hacer posible crear esta realidad virtual.

Ahora bien, una vez descrito someramente el sistema de redes abiertas, trataremos de precisar de qué manera afecta Internet a la formación de

⁵⁰ Traducción libre de una definición de Jean-Sylvain Boutel, en *Le multimédia dans les applications de gestion. L'Informatique professionnelle*, N° 124, mai 1994, p. 33, citada por Alain Bensoussan, *Le Multimedia et le droit*, Hermes, Paris, 1998, segunda edición revisada y corregida, p. 37.

⁵¹ Las respuestas del comerciante a las solicitudes del usuario están previamente contenidas en un programa informático, es decir, que se trata de un proceso automatizado íntimamente ligado al del consentimiento automatizado del que hablamos en el número anterior.

los contratos por medios electrónicos. Para ello tendremos que dar nuevamente algunas explicaciones técnicas, que de ninguna manera pretenden ser exhaustivas.

Hemos afirmado que cualquier persona puede conectarse a Internet, por un precio reducido, sin que ni siquiera haga falta que la persona en cuestión haya celebrado un contrato con un proveedor de servicio de acceso a la red.⁵² Sin embargo, otra característica que se debe destacar es, que la navegación en Internet, término con el que se conoce la acción de utilizar los servicios de la red, es relativamente fácil para los usuarios, gracias a programas informáticos como los de los navegadores, los buscadores de las páginas *Web*, y los portales.⁵³ De manera tal, que los usuarios de Internet, sin mayores dificultades, pueden entrar en contacto con comerciantes de los que previamente no tenían conocimiento, ubicados en cualquier rincón del planeta, para contratar los productos o servicios que ofrecen en la red.

De otra parte, en los contratos en la red no es necesario celebrar un acuerdo marco previo, al contrario de lo que sucede en los contratos electrónicos en entornos cerrados, en donde es indispensable que las partes precisen, al menos, ciertos aspectos técnicos, por las razones a las que aludimos anteriormente. Así pues, la mayoría de los contratos celebrados en entornos abiertos se regirán por condiciones generales de contratación preestablecidas, sin que haya un margen de negociación entre las partes.⁵⁴

A la vez el carácter global de Internet, también se manifiesta en que un mensaje de datos puede ser enviado o recibido desde cualquier parte del mundo, sin que el lugar de envío o recepción del mensaje tengan relevancia jurídica alguna en las relaciones contractuales de

⁵² Cualquier persona puede acceder a Internet bien sea desde un cibercafé o un local similar; desde el ordenador de un amigo; de la casa de estudios que frecuente; o desde el lugar de trabajo.

⁵³ Para ahondar en este tema véase a Javier de Andrés Blasco, *Ob. Cit.*

⁵⁴ Vincent Gautrais, *Le contrat électronique international*, Bruylant, Louvain-la-Neuve, s.d., 2ème édition revue, p. 88, afirma que son pocos los contratos celebrados en redes abiertas que estipulan las modalidades de envío, recepción y archivo o de seguridad del contrato en cuestión.

las partes.⁵⁵ En efecto, el lugar de envío o de recepción de un mensaje de datos puede ser tan aleatorio, que no necesariamente servirá como elemento de conexión para localizar el contrato electrónico con elementos extranjeros.

De otra parte, la información que obtienen los usuarios de Internet de los propietarios de una página *Web* está limitada a lo expresado en la propia página.⁵⁶ La razón de esto último es que las direcciones de Internet no permiten deducir la ubicación geográfica del remitente.⁵⁷ Desconocimiento que es agravado por la función de hipertexto de las páginas *Web*, que permiten pasar imperceptiblemente de un servidor a otro, sin consideración de las distancias geográficas.

También impide la ubicación del establecimiento del comerciante, el hecho de que para poseer una página *Web*, tal como lo hemos señalado anteriormente, no se requiere ser propietario de un servidor. Además, en caso de que el comerciante de la página *Web*, también fuera el propietario del servidor, tampoco haría falta tener su establecimiento en el lugar geográfico en donde estuviese ubicado el referido servidor.

No obstante lo anterior, debemos matizar la afirmación de que es imposible ubicar geográficamente a las partes, pues existen programas informáticos y otros recursos técnicos, que permiten ubicar el país de

⁵⁵ El envío y recepción de un mensaje electrónico puede realizarse tanto en el lugar de residencia o de la sede social del usuario, según el caso, como durante una breve estancia en el extranjero, o en un ordenador prestado.

⁵⁶ Véase a Olivier Cachard, *Ob. Cit.*, p. 4, en la que reproduce unas estadísticas realizadas en el 2001 por encargo de las asociaciones de consumidores pertenecientes a Consumers International, en donde queda patente que de 450 direcciones de operadores de Internet consultadas, tan sólo el 76% revelan su ubicación geográfica y su dirección postal. Sin embargo, más adelante veremos cómo existen iniciativas comunitarias y de organizaciones internacionales para remediar esta situación.

⁵⁷ Los nombres de dominio fueron creados para facilitar a los usuarios la utilización de las direcciones IP, mediante un sistema de conversión automática de los nombres de dominio en direcciones IP. Sin embargo, estos nombres de dominio, no necesariamente identifican una dirección con un lugar geográfico. Al contrario, algunas veces resultan equívocos: Verbigracia, una dirección que termine con las siglas de un determinado país, no necesariamente significa que el comerciante tenga su establecimiento en este país, ni siquiera hace falta que el servidor se encuentre situado en dicho país. Véase el documento de la CNUDMI ACN.9.WG.IV.WP.95 de marzo de 2002, párrafo 45.

origen de la dirección de Internet, y con menor precisión la ciudad de dónde provienen.⁵⁸ Sin embargo, estos métodos no son infalibles, y solamente son eficaces en la medida de que las partes no pretendan ocultar la ubicación geográfica de su establecimiento.

Finalmente, para terminar de precisar los aspectos innovadores del comercio electrónico debemos destacar que la contratación en redes abiertas, no es confidencial, ni inalterable a menos que se recurra a procedimientos más o menos seguros, dependiendo de la tecnología empleada, para mitigar la falta de seguridad y de privacidad que caracterizan las contrataciones en Internet.⁵⁹

2. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Hemos visto en la primera parte de este capítulo la diversidad de tecnologías que se agrupan bajo la denominación de contratos por medios electrónicos⁶⁰ y el diferente alcance que tiene cada una de ellas, según sea el modo de empleo. De forma tal que resulta difícil generalizar acerca de cuál es la problemática del contrato electrónico.

En efecto, no es fácil comparar un contrato de compraventa celebrado por correo electrónico, entre dos empresarios que tienen relaciones comerciales de larga data; a un contrato celebrado también por medios electrónicos, entre dos empresarios que se desconozcan entre sí y que establezcan contacto por medio de un portal en la *Web*. De tal manera que en esta sección procuraremos concentrarnos en la problemática causada por las innovaciones tecnológicas en la formación de los contratos electrónicos más utilizados en la red.

⁵⁸ Michael Geist, *Y a-t-il un "là" là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet*, en <http://www.ulcc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf>

⁵⁹ Véase *infra* N° 2.4 de este mismo capítulo.

⁶⁰ Recuérdese también la amplitud de la definición de mensaje de datos elaborada por la CNUDMI reproducida en la nota 2.

2.1 CARÁCTER TRANSFRONTERIZO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

En la primera parte ha quedado patente la ubicuidad de la información obtenida en Internet, la dificultad de determinar la situación geográfica de las partes contratantes y la poca relevancia jurídica que tiene el lugar desde donde es emitido o recibido un mensaje electrónico. Ahora bien, el carácter transfronterizo del contrato electrónico se deriva principalmente de la dimensión global de Internet, cuyo entramado de redes está repartido en el mundo entero; de su administración descentralizada;⁶¹ y de la inmediatez de las comunicaciones, que no permiten *a priori* distinguir entre un contrato internacional y uno sometido al mismo Derecho interno de un Estado. Esta característica plantea una serie de retos jurídicos que no están directamente relacionados con la discusión acerca de cuándo estamos en presencia de un contrato internacional o no, que es un tema ampliamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia antes de la era informática.⁶²

En efecto, el carácter internacional de un contrato puede variar de un instrumento legal a otro, y específicamente del sistema de Derecho internacional privado del Estado en donde se ventile la controversia. Sin embargo, el carácter transfronterizo se manifiesta en la posibilidad de que el contrato sea internacional sin que las partes tengan conocimiento de ello. Es decir, que más que discutir acerca del carácter internacional de un contrato, la esencia del problema radica en la indefensión que pudiesen sufrir ambas partes contratantes o alguna de ellas, por el desconocimiento de la Ley aplicable al contrato electrónico, que es uno de los principales efectos del carácter transfronterizo de esta clase de contratos.

⁶¹ Internet carece de una autoridad central que organice su funcionamiento. Este hecho es agravado porque la mayoría de las reglas técnicas que regulan el funcionamiento de Internet son elaboradas por entidades o instituciones privadas que se encargan de ello, con el concurso de las personas que estén interesadas en intervenir en ese proceso. Por tanto, no existe un control estatal directo sobre Internet, lo cual se traduce en que a los Estados les sea extremadamente difícil controlar las actividades realizadas en la red. Sobre esto último, véase a Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Ob. Cit., Nos. 9 a 14 y Pierre Sirinelli, Ob. Cit., pp. 9 a 12.

⁶² Véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Ob. Cit., pp. 124 y 125.

De tal manera que nos preguntamos si en el contrato electrónico, particularmente cuando es celebrado entre empresarios,⁶³ sigue siendo válida la ficción de que el desconocimiento de la Ley, no excusa su cumplimiento. Esta duda se nos presenta, porque para que las partes hagan uso del principio de la autonomía de la voluntad a fin de elegir la Ley aplicable al contrato,⁶⁴ normalmente es necesario que tengan conocimiento de que se trata de un contrato con algún elemento de extranjería y como ya hemos visto, esto no siempre es posible en los contratos electrónicos.

Esto ha llevado a ciertos autores a afirmar el carácter internacional intrínseco del contrato electrónico⁶⁵ cuando es celebrado en Internet. Sin embargo, esta solución no nos parece adecuada, porque parte de un falso supuesto, ya que no necesariamente todos los contratos electrónicos contienen elementos extranjeros. Además, se estaría favoreciendo el *forum shopping*⁶⁶ y adicionalmente, en la medida de que el soporte electrónico naturalmente tienda a sustituir el soporte papel, la mayoría de contratos pasarían a ser considerados internacionales, con excepción de aquellos que no se celebren en Internet⁶⁷ o en otras redes abiertas.

⁶³ Este tema es de menor importancia cuando una de las partes es un consumidor, pues en principio, salvo ciertas excepciones, se aplica la Ley de éste.

⁶⁴ Véase a Carmen Parra, *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, capítulo primero.

⁶⁵ Véase la nota 5; a Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 161; a Marc-Antoine Maury, *La Lex electronica*, en línea <http://perso.wanadoo.fr/mam/these4.htm>, p. 4. Existen posiciones más extremas que sugieren que el contrato electrónico no debe estar regido por normas de base territorial, sino que tratándose Internet de una comunidad con una identidad propia, dichos contratos deben ser regulados por su propia normativa. Sobre esto último véase a Pedro De Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, *Ob. Cit.*, N° 57 y Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 30.

⁶⁶ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado. Volumen I*, Editorial Comares, Granada, 2000, 2ª edición, capítulo VII; N° 48, definen al *forum shopping* como un fenómeno que: “tiene lugar cuando las partes plantean la situación privada internacional ante tribunales de un determinado Estado, buscando con ello la aplicación de una Ley, sustantiva y/o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada (K.F. Juenger)”.

⁶⁷ También esto favorecería la creación de un régimen jurídico distinto para los contratos electrónicos celebrados en redes cerradas y para aquéllos celebrados en entornos abiertos. También, véase a Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, p. 125, que le resta importancia a la internacionalidad del contrato basándose en la Convención de Roma que acoge una interpretación atenuada de este concepto, con excepción de lo dispuesto en el artículo 3.3. Este argumento no nos parece válido porque lo esencial no es la libertad para elegir una Ley extranjera, sino el desconocimiento de las partes de que el contrato está sometido involuntariamente a una Ley extranjera y a una jurisdicción extranjera.

De otra parte, el medio electrónico puede favorecer que se presenten casos en los que las partes, a pesar de saber que se trata de un contrato con algún elemento extranjero, desconozcan la Ley aplicable al contrato, sin que este desconocimiento pueda ser atribuido a la falta de diligencia de alguna de ellas. En efecto, más adelante veremos la dificultad que existe para determinar si se está contratando con un consumidor o con una pequeña empresa.⁶⁸ Ahora bien, la diferencia de tratamiento jurídico es sustancial entre una situación u otra y podría provocar graves perjuicios al operador internacional que desconozca el carácter de consumidor de su contraparte. Nuevamente en este caso encontramos dificultades para sostener que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento.

2.2 MULTIPLICACIÓN DE LOS CONTRATOS ENTRE AUSENTES

En la contratación electrónica se ha debatido ampliamente el tema del perfeccionamiento del contrato, para determinar si se trata de un contrato celebrado entre presentes o entre ausentes. Las conclusiones de este debate son cruciales por las complicaciones propias de los contratos entre ausentes, que por lo demás no son desconocidas en el ámbito internacional.⁶⁹

El eje central de la discusión consiste en decidir si debe predominar en la calificación, la distancia geográfica que separa a las partes o la inmediatez de la comunicación.⁷⁰ La mayor parte de la doctrina imperante se ha pronunciado por clasificarlos como contrato entre ausen-

⁶⁸ Véase, Alessandra Zanobetti, *Ob. Cit.*, p. 556.

⁶⁹ Véase a Filali Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, p. 115, afirma que los contratos entre ausentes constituyen una parte importante de los contratos internacionales, a pesar de que normalmente involucran montos reducidos. Véase también los Principios UNIDROIT y la CVIM.

⁷⁰ En las páginas *Web* la inmediatez es aparente, pues se trata de programas informáticos previamente preparados, así que se trata de ofertas permanentes. Sobre esto, véase a Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 138. También véase a Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, N° 4.5.

tes,⁷¹ así como gran parte de las leyes o modelos de contratos que consideran la formación del contrato electrónico.⁷² Sin embargo, a nuestro modo de ver, este asunto es discutible en los contratos electrónicos celebrados por medio de video conferencias, o mediante el servicio de mensajería instantánea.⁷³

Ahora bien, partiendo del principio de que el contrato electrónico debe considerarse, salvo ciertas excepciones, celebrado entre ausentes, observamos que el auge cobrado por la comunicación por medios electrónicos, se ha convertido en un factor multiplicador del número de contratos entre ausentes, con respecto a los celebrados entre presentes. Este cambio no está exento de consecuencias jurídicas, en vista de que los contratos entre ausentes presentan una serie de problemas prácticos con respecto al momento y lugar de formación del contrato, particularmente cuando se trata de contratos electrónicos en entornos abiertos, que no plantean los contratos entre presentes.

De tal manera, que el momento y lugar de formación del contrato entre ausentes puede variar, dependiendo de la Ley aplicable al contrato. Lo anterior no solamente es verdad de los contratos con elementos extranjeros, sino también de los contratos sometidos a un mismo derecho interno. En efecto, las reglas sobre formación del contrato no solamente pueden variar de un Estado a otro, sino que también, con frecuencia, un mismo Estado puede tener reglas diferentes, según se

⁷¹ En contra Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 138, con respecto a los contratos celebrados por correo electrónico. El autor parte de la simultaneidad de las comunicaciones, criterio que no compartimos, en vista de que la rapidez puede variar dependiendo de factores de operabilidad de la red y de la voluntad de las partes que pueden aceptar una oferta inmediatamente después de recibida o que pueden postergarla para otro momento. En contra, Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho Privado en Internet, Ob. Cit.*, p. 338, que considera que los contratos con servicios interactivos deben ser considerados entre presentes.

⁷² Véase la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; La Directiva 2000/31/CE; el Modelo europeo de acuerdo de intercambio EDI de 1994; EDI Assotiation Standard Electronic Data Interchange Agreement, entre otros. Asimismo, el profesor Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 254, cita una sentencia del Tribunal Supremo español, del 30-07-96 que señala: “el telégrafo, télex, fax y correo electrónico... sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados”.

⁷³ Véase a Pedro Alberto de Miguel, *Derecho Privado de Internet, Ob. Cit.*, Nos. 265 y 266.

trate de obligaciones de naturaleza civil o mercantil.⁷⁴ Además en muchos ordenamientos jurídicos la determinación de la naturaleza civil o mercantil de ciertas obligaciones es objeto de incesantes debates doctrinarios y jurisprudenciales.

A la vez, el momento de celebración del contrato entre ausentes es importante para determinar la transmisión del riesgo de los bienes en los contratos de compraventa y para designar la Ley aplicable al contrato, tal como sucede en algunos supuestos contemplados en la Convención de Roma.⁷⁵ Asimismo, el lugar de celebración del contrato es uno de los factores de conexión para designar la Ley aplicable a ciertos aspectos de los contratos⁷⁶ o la Ley del foro.⁷⁷

No obstante, el lugar de celebración del contrato ha perdido cierto interés, desde el punto de vista de las nuevas tendencias de Derecho internacional privado.⁷⁸ Esto no impide que dicho criterio conserve toda su vigencia en algunos casos, especialmente cuando una de las partes contratantes sea un consumidor.⁷⁹

⁷⁴ Véase a Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 258. Este era el caso en España antes de la aprobación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que unificó los criterios de formación de los contratos entre ausentes mediante la modificación de los artículos pertinentes en el Código Civil y en el Código de Comercio. Sin embargo, este texto legal creó dos regímenes distintos para la formación del contrato, dependiendo de si se trata de contratos electrónicos celebrados mediante dispositivos automáticos; o si se trata de otro tipo de contratos celebrados por medios tradicionales de comunicación o por medios electrónicos diferentes a los dispositivos automáticos, antes mencionados.

⁷⁵ Véase artículo 4.2. de la citada Convención: “*Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato,...*” (El subrayado es nuestro).

⁷⁶ La Ley del lugar de celebración del contrato es una de las leyes a considerar en la determinación de los medios de pruebas admisibles en las obligaciones contractuales, tal como se desprende del artículo 14.2 del Convenio de Roma. También esta Ley es una de las leyes a considerar para determinar la validez del contrato en cuanto a la forma, de acuerdo con el artículo 9.1 del Convenio de Roma.

⁷⁷ Véase el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española. En la práctica esta es una regla residual, en virtud de que es aplicable siempre que no prive un Convenio o un Tratado internacional en el que España sea parte, como el Convenio de Bruselas o una norma de rango superior a nivel comunitario, tal como sucede con el Reglamento 44/2001/CE.

⁷⁸ Este es el caso del Convenio de Roma, en el que este factor desempeña un carácter secundario o en el Convenio de Bruselas o en el Reglamento 44/2001/CE, que no lo toman en consideración.

⁷⁹ Véase *infra* N° 4.2 de este mismo capítulo.

Sin embargo, hemos visto que es prácticamente imposible determinar el lugar de envío o de recepción de un mensaje de datos contentivo de una oferta o de una aceptación y la poca importancia práctica que tienen ambos lugares en la contratación electrónica, a pesar de que tradicionalmente han permitido localizar el contrato internacional entre ausentes. Más adelante veremos cómo este obstáculo no es insalvable.⁸⁰

De otra parte, el momento de celebración del contrato electrónico plantea menores dificultades, gracias a la velocidad de las comunicaciones electrónicas,⁸¹ que permite una casi completa simultaneidad entre la oferta y la aceptación.⁸² Aun así, el intervalo de tiempo entre ambas manifestaciones de voluntad dependerá de los criterios aplicables para determinar cuándo se entiende enviado o recibido un mensaje de datos.⁸³

2.3 NORMAS APLICABLES A LA OFERTA

La ubicuidad de la información electrónica hace posible que una oferta efectuada por un operador internacional en Internet; o una invitación a hacer ofertas; o en general cualquier información que conste en un sitio *Web*, tal como es el caso de la publicidad, entre otras; sea accesible en cualquier parte del mundo. Esta característica plantea no pocos problemas jurídicos, pues tal como lo destaca Carole Aciman, a medida que

les internautes, sociétés comme individus, étendront leur présence électronique et leurs canaux de communications dans le monde entier, ils devront comprendre que, tout comme dans le monde réel, les contacts virtuels les rendront susceptibles d'être poursuivis dans d'autres États ou d'autres pays.

⁸⁰ Tanto la Directiva 2000/31/CE, como la Ley modelo sobre Comercio Electrónico contribuyen a solucionar este problema.

⁸¹ Pedro de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, Ob. Cit., N° 266.

⁸² Véase a Rafael Illescas Ortiz, Ob. Cit., p. 265.

⁸³ A título de ejemplo el modelo de intercambio EDI inglés distingue los mensajes enviados durante horas laborables de aquellos que son enviados fuera de este horario. Sobre esto véase a Vincent Gautrais, Ob. Cit., pp. 138 y 139.

Así pues, el carácter global de Internet favorece que por medio de la *Web* se celebren contratos o se inicien negociaciones que podrán o no culminar en la celebración de un contrato, con empresarios o consumidores establecidos o residenciados en cualquier parte del globo terráqueo. Esto produce, por efecto, que un operador internacional se vea en el dilema de tener que cumplir con múltiples legislaciones que pueden ser contradictorias entre sí⁸⁴ o intentar limitar sus negocios a un determinado ámbito geográfico, a fin de disminuir los riesgos en esta materia.⁸⁵

En efecto, las actividades que lleva a cabo un comerciante por medio de la red pueden ser lícitas en su país de origen, pero pueden no serlo en el Estado en donde reside el internauta, y desde donde éste acepta la oferta realizada por el referido comerciante, o desde donde eventualmente cualquier habitante podría contratar los bienes o servicios, tal como sucedió en Francia con el caso de *Licra* contra *Yahoo Inc.*,⁸⁶ o en Alemania con el caso de *Radikal*.⁸⁷ Adicionalmente, desde el punto de vista tecnológico no es fácil impedir de un modo eficaz que los habitantes de un determinado Estado tengan acceso a una información contenida en un sitio *Web*, cuyo servidor esté ubicado fuera del Estado en cuestión, sin afectar a los demás operadores comerciales que utilizan el mismo

⁸⁴ Véase el documento preparado por la CCI denominado *La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique*, en <http://www.iccwbo.org>

⁸⁵ Véase *infra* N° 3 del capítulo segundo.

⁸⁶ Tribunal de Gran Instancia de París, 22 mayo de 2000, UEJF vs. Yahoo! Inc y Yahoo France, *Jurisprudence relative à Internet sélectionnée par Daniel Duthil*, <http://www.legalis.net/jnet/>. Última visita efectuada el día 7 de enero de 2003. Este caso es paradigmático, porque se trata una página *Web* dedicada a la venta en subasta pública de objetos nazis, que había sido alojada en el sitio de Yahoo.com, ubicado en los Estados Unidos, y al que solamente era posible acceder desde la filial francesa Yahoo.fr a través de la función de hipertexto que hemos explicado anteriormente. Sin embargo, el Tribunal de Gran Instancia antes referido consideró que las actividades antes señaladas eran contrarias al Código penal francés y por tanto ordenó: “à Yahoo Inc de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible sur Yahoo.com toute consultation du service de ventes aux enchères d’objets nazis et de tout autre site au service qui constitue une apologie du nazisme et une contestation des crimes nazis” (extracto de la sentencia citada en la dirección antes indicada).

⁸⁷ Véase a Pierre Sirinelli, *Ob. Cit.*, pp. 12 y 13. Se trata de un sitio de origen holandés que tenía alojado un periódico extremista que elogiaba el terrorismo.

servidor.⁸⁸ Tampoco, existe una tecnología que permita en forma totalmente segura identificar de dónde provienen los internautas, para que los operadores internacionales tomen las medidas necesarias a fin de no celebrar contratos con aquellos usuarios que residan en países, en los que los bienes o servicios por ellos ofrecidos, estén prohibidos o solamente permitidos previo cumplimiento de ciertas formalidades.⁸⁹

Este tema tiene gran trascendencia en la actualidad, porque las nuevas tecnologías han permitido que se incorporen en el tráfico internacional una amplia gama de bienes y servicios, que contrastan con la situación anterior al surgimiento de la contratación electrónica, y algunos de estos contratos versan sobre productos que solamente pueden ser comercializados bajo determinadas condiciones, o de servicios que pertenecen a profesiones reguladas normalmente por cada Estado. Así pues, hoy en día es posible vender por Internet un producto farmacéutico; o contratar los servicios de un arquitecto. En el segundo ejemplo, tanto la conclusión, como la ejecución del contrato podrían eventualmente ser llevadas a cabo por medios electrónicos.

Por otro lado, la elección de una Ley aplicable al contrato, no necesariamente serviría para corregir esta situación, en la medida de que la oferta pudiera afectar materias o personas que normalmente son protegidas por disposiciones de carácter imperativas por parte de los Estados, tal es el caso de los contratos en los que interviene un consumidor; o actividades sujetas a ciertas reglas de competencia o de distribución. Además, no existe una regla general que permita conocer cuáles son las normas imperativas de cada Estado, y con mucha frecuencia la búsqueda de esta clase de normas debe hacerse pasando de un texto legal a otro.⁹⁰ De forma que eventualmente cada Estado podría exigir que la oferta o la publicidad, o cualquier otra información que se realice por

⁸⁸ Esto ocurre porque las técnicas de filtraje de la información en la red todavía son muy deficientes. Sobre esto último véase el *documento preliminar N° 17* de la Conferencia de La Haya del 17 de febrero de 2002, preparado por Avril D. Haines, antes citado, nota 22.

⁸⁹ Véase *Ob. Cit.*, p. 13. Véase a Michael Geist, *Ob. Cit.*, p. 70.

⁹⁰ Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 260.

medio de la *Web* cumpla con las normas imperativas del Estado en cuestión, o le imponga sanciones al operador que la explote comercialmente, por violar determinadas normas.⁹¹

La anterior situación se ve agravada porque, tal como lo veremos más adelante, cada Estado podría intentar poner en práctica criterios de competencia judicial exorbitantes sobre los litigios surgidos con ocasión de una oferta efectuada en la red, por el mero hecho de ser accesible en dicho Estado, y por tanto afirmar que presenta un elemento de conexión con el referido país.⁹² En efecto, los criterios de conexión para determinar la aplicación de normas imperativas se basan frecuentemente en nexos de carácter territorial,⁹³ los cuales no siempre son adaptables a la contratación por medios electrónicos, y la aplicación de los mismos, pudiera llegar a producir efectos contrarios a su propósito original, tal como lo veremos más adelante.

Adicionalmente, el otro problema que plantea la multiplicidad de leyes y de tribunales que tienen vocación de aplicarse o de ser competentes, según el caso, con respecto a las ofertas realizadas por medio de Internet, es la dificultad práctica de ejecutar las sentencias y el alcance de

⁹¹ Véase nota 86. Esto explica la razón por la cual la Directiva 2000/31/CE adopta el criterio de cumplimiento de las normas del país de origen, en el ámbito coordinado de los países miembros, a fin de evitar la multiplicidad de leyes aplicables a un mismo sitio *Web*. Véase a Alexandre Cruquenaire, con la colaboración de Christophe Lazaro, *La Clause de Marché Intérieur: Clef de voûte de la Directive sur le commerce électronique*, en *Le commerce électronique européen sur les rails?*, Cahiers du CRID, N° 83, Namur, 2001.

⁹² Este es el caso de los Estados Unidos de América en que los tribunales comienzan a aplicar los principios de la competencia personal conocidos como de “brazos largos”, para permitir que los demandantes de este país puedan demandar a personas que estén establecidas fuera del mismo, sobre la base de los contactos realizados por medio de Internet. Véase sobre esto último la *Ob. Cit.* de Carole Aciman, pp. 585 y 586. Véase el caso de *iCraveTV*, en el que una sociedad canadiense que realizaba actividades de webdifusión en Canadá fue demandada en los Estados Unidos por realizar actividades prohibidas, de acuerdo con la legislación americana y el tribunal de la causa se consideró competente, a pesar de que la demandada tomaba ciertas medidas para evitar que sus servicios fueran contratados por personas que no estuviesen residenciadas en el Canadá. Sobre esto véase a Michael Geist, *Ob. Cit.*, pp. 6 y 7 y la transacción judicial a la que llegaron las partes involucradas, en <http://www.cab-acr.ca/french/media/news/00/settlement.shtm> (última visita efectuada en enero de 2003).

⁹³ Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 262.

las mismas.⁹⁴ De tal manera, que el mayor reto en torno a este tema es el carácter transfronterizo de la información transmitida por Internet, que hace dudar de la eficacia de una sentencia dictada por un tribunal competente en un determinado Estado, o más bien, de la capacidad de dicho tribunal para tomar una decisión cuyo alcance va a producir efectos jurídicos más allá de las fronteras del Estado que le confirió la autoridad para juzgar esa causa.

Sobre este tema, es particularmente ilustrativo el caso de *Yahoo! Inc*, antes citado, en el que el juez francés Jean-Jacques Gomez, ordenó a la referida empresa, una sociedad constituida de acuerdo con las leyes de Delaware, y cuya sede principal se encuentra en Santa Clara, California, en los Estados Unidos, así como a la filial establecida en Francia, que debían impedir que los ciudadanos franceses tuviesen acceso al sitio de Internet *Yahoo.com* que subastaba objetos nazis, so pena de tener que pagar diariamente una multa elevada. Ahora bien, como consecuencia de esta sentencia *Yahoo!, Inc*, se vio obligada a retirar del mundo entero el contenido que resultaba ilícito según el Derecho francés, pues la única forma tecnológicamente segura de que la información no fuese asequible a los franceses era eliminándola del servidor ubicado en los Estados Unidos de América, lo cual tuvo repercusiones globales.⁹⁵ Finalmente, *Yahoo! Inc* demandó delante de un tribunal californiano la validez de la citada sentencia, obteniendo una decisión que le fue favorable en los siguientes términos:

no legal judgment has any effect, of its own force, beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived.⁹⁶

⁹⁴ Véase, P. Sirinelli, *L'adéquation entre le village virtuel et la création normative-Remise en cause du rôle de L'Etat. Internet which court decides?, Which law applies?*, La Haya, 1998, Kluwer law international, pp. 1-22.

⁹⁵ Michael Geist, *Ob. Cit.*, p. 5.

⁹⁶ United States District Court, Northern District of California, San José division, 7 de noviembre 2001, *Yahoo!, Inc vs. La Ligue contre le Racisme et L' Antisémitisme*, en <http://www.beat-uofa-cafe.com>, última visita efectuada el 12 de junio de 2003. Esta última decisión fue apelada por Licra, sin que a la fecha de la última revisión se hubiese producido la respectiva sentencia.

2.4 OTRAS PARTICULARIDADES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La formación del contrato electrónico tiene unas peculiaridades adicionales que lo distinguen del celebrado en soporte papel, que también hacen indispensable la búsqueda de soluciones uniformes. A título de ejemplo señalamos que un contrato electrónico en la *Web*, normalmente está conformado por varios textos, unidos entre sí, por la función de hipertexto, antes descrita al comienzo de este capítulo.

Ahora bien, para saber si estamos en presencia de un único documento, o de varios; para determinar cuál es el documento principal, y cuáles son los anexos; y para establecer la validez de la cláusula de elección de Ley, contenida en alguno de los hipertextos,⁹⁷ todo dependerá de la forma en que esté construido el documento y de la Ley aplicable al contrato. La situación anterior puede provocar soluciones contradictorias en unos contratos que son por esencia transfronterizos.

Otra diferencia con respecto a los documentos en soporte papel, lo constituye la necesidad de que intervengan un mayor número de sujetos ajenos a la relación contractual, cuya labor es indispensable para poder enviar o recibir un mensaje de datos; o para garantizar la integridad e inalterabilidad del mensaje. Así pues, en la formación del contrato electrónico intervienen distintos elementos subjetivos.⁹⁸ De tal manera, que para enviar o recibir en Internet un mensaje de datos contentivo de una manifestación de voluntad de alguna de las partes, intervienen operadores de telecomunicaciones, proveedores de acceso a Internet, proveedores de servicios de Internet.

También, un mensaje de datos para llegar a su destino debe transitar por muchas redes operadas por distintos sujetos, sin que necesariamente medie una relación contractual entre el emisor y dichos operadores. Además, actualmente para implementar el método más eficaz que garantice la integridad y autenticidad del mensaje de datos, hace falta la

⁹⁷ Véase Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, p. 128.

⁹⁸ Véase sobre este tema a Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, cap. 2.

intervención de los prestadores de servicios de certificación. Los sujetos antes mencionados son, en principio, terceros en la relación contractual, pero cualquier fallo o retardo en el ejercicio de sus funciones, puede producir consecuencias jurídicas en dicha relación.⁹⁹

Particularmente, nos detendremos en los prestadores de servicios de certificación, pues es uno de los temas más álgidos que requiere de una búsqueda de soluciones uniformes o al menos armónicas. En efecto, aun cuando existen diversos mecanismos para autenticar y garantizar la integridad de un mensaje electrónico que genéricamente son conocidos como firmas electrónicas, desde el punto de vista técnico, actualmente, el más seguro es la firma digital, que está basada en un sistema de criptografía asimétrica.

Este tipo de firma conlleva la utilización de dos claves, una pública y una privada, y funciona de la siguiente manera: El titular de la firma digital cifra mediante una clave secreta, solamente conocida por él, un resumen del mensaje de datos que desea enviar, el cual obtiene después de aplicar la función *hash*¹⁰⁰ al texto íntegro de dicho mensaje. Este resumen cifrado se envía al destinatario, junto con una versión completa del mensaje de datos. Por su parte, el destinatario del mensaje de datos, utiliza la clave pública del emisor, que como su nombre lo indica, es de conocimiento público, para descifrar el resumen del mensaje de datos, y comprueba que el texto es idéntico al resumen del mensaje de datos que obtiene después de aplicar la función *hash*, a la versión completa del mensaje de datos, que también ha recibido del emisor.¹⁰¹

⁹⁹ Véase Apol.lònia Martínez Nadal, *Ob. Cit.*, p. 249 y ss.

¹⁰⁰ Véase, *Ob. Cit.*, p. 49, que señala: “la función *hash*, algoritmo que transforma una secuencia de bits en otra menor; y que se aplica tanto para la creación como para la verificación de la firma digital...se aplica sobre el mensaje inicial una función de *hash*, y se obtiene un resumen del mismo (denominado compendio del mensaje o huella digital), caracterizado por su irreversibilidad (esto es, a partir del resumen no puede obtenerse el mensaje completo inicial), y por ser único del mensaje (es decir, es computacionalmente imposible obtener un segundo mensaje que produzca el mismo resumen o *hash*), de forma que cualquier cambio en el mensaje produciría un resumen o *hash* diferente”.

¹⁰¹ Véase a Barceló, Rosa Julià, *Ob. Cit.*, p. 230 a 239 quien explica nítidamente la forma en que funciona la firma digital.

Sin embargo, a pesar de que la firma digital permite determinar la autenticidad e integridad del mensaje de datos, no garantiza que el titular del par de claves utilizadas, tenga la identidad que afirma tener. Es por ello, que para solucionar este problema se creó la figura de los proveedores de servicios de certificación,¹⁰² que son unos terceros que comprueban y certifican la identidad del titular de las claves. Así pues, los proveedores de servicios de certificación garantizan mediante un certificado, la identidad de quien envía un determinado mensaje de datos, utilizando una firma digital. Esta labor es delicada, y la validez de un certificado dependerá en gran medida del grado de confianza que se pueda depositar en la entidad certificadora y a los controles que ejerzan los Estados sobre dichas entidades.¹⁰³

Ahora bien, aun cuando estos terceros en la mayoría de los Estados, no son considerados funcionarios públicos,¹⁰⁴ la intervención de los mismos podría complicar o hacer más onerosa la prueba de la formación de un determinado contrato electrónico, en la medida de que se pretenda hacer valer un certificado o una firma electrónica en un Estado diferente al del lugar en donde fue emitido.¹⁰⁵ En efecto, este tema exige que los Estados establezcan políticas de armonización adecuadas, a fin de que las entidades certificadoras puedan recurrir al método de la certificación cruzada,¹⁰⁶ u otros métodos que permitan reconocer certificados o firmas electrónicas sustancialmente equivalentes provenientes de otros Estados.¹⁰⁷

¹⁰² Este término es empleado por la Directiva 99/93/CE sobre Firmas Electrónicas. La Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de la CNUDMI los denomina *prestadores de servicios de certificación*. Sin embargo, ambos términos son equivalentes.

¹⁰³ Véase el *proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas*, A/CN.9/WG.IV/WP.88, del 30 de enero de 2001, en línea <http://www.uncitral.org>, párrafo 52, que destaca la necesidad de que la organización de las autoridades de certificación sea establecida por cada Estado en cuestión.

¹⁰⁴ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, N° 524.

¹⁰⁵ Véase a Apol.lônia Martínez Nadal, *Ob. Cit.*, nota 57. También véase a Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, pp. 57 y 58.

¹⁰⁶ *Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno de la Ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas*, *Ob. Cit.*, párrafo 58.

¹⁰⁷ Véase la Ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas, antes citada, artículo 12, numerales 2 y 3 que establece lo siguiente: “*Artículo 12.2. Todo certificado expedido fuera (del Estado promulgante) producirá los mismos efectos jurídicos en (el Estado promulgante) que todo certificado expedido en (el Estado promulgante) si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente. 3. Toda firma electrónica creada o utilizada fuera (del Estado promulgante) producirá los mismos efectos jurídicos en (el Estado promulgante) que toda firma electrónica creada o utilizada en (el Estado promulgante) si presenta un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente*”.

Para ejemplificar la problemática anterior consideremos la situación en el ámbito comunitario. La Directiva 99/93/CE regula, entre otros, los aspectos internacionales de la firma electrónica avanzada, que se corresponde con la técnica de la firma digital¹⁰⁸ y cuyos efectos son equiparables a los de la firma manuscrita. Según el texto de dicha directiva, para que un certificado emitido por un proveedor de servicios extranjero tenga el mismo valor probatorio que el expedido dentro del territorio de la Unión Europea, se requiere que el proveedor de servicios cumpla con el sistema de acreditación voluntaria contemplado en la Directiva; o que esté avalado por un proveedor de servicios establecido en la Comunidad; o que el certificado o el proveedor de servicios estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral.¹⁰⁹

La situación anterior pudiera provocar que las partes de contratos internacionales desechen la forma electrónica por medios más tradicionales. En efecto, las partes pudieran considerar excesivamente oneroso y engorroso el tener que recurrir a procedimientos tales como, utilizar los servicios de dos o más autoridades de certificación, que sean reconocidas en cada uno de los Estados en los que se pretende hacer valer el contrato; o practicar las pruebas de expertos necesarias para demostrar que el método utilizado es tan seguro y confiable,¹¹⁰ como los que existen en algunos de los Estados en donde se pretende hacer valer dicho certificado.¹¹¹

¹⁰⁸ La citada Directiva acoge un régimen mixto en el que admite como prueba a cualquier firma electrónica, independientemente de la tecnología empleada, pero pone especial atención en la firma electrónica avanzada, a la cual atribuye mayor valor probatorio cuando cumple con determinados requisitos.

¹⁰⁹ El profesor Rafael Illescas Ortiz en la *Ob. Cit.*, nota 31, critica abiertamente el artículo 7 de la Directiva 1999/93 sobre las Firmas Electrónicas cuando señala que dicho artículo contiene una carga restrictiva pesada y agrega: “su resultado práctico no ha de resultar en absoluto beneficioso para los empresarios europeos que confíen en firmas electrónicas de MD expedidas en cualquier país del mundo. Fuera de los supuestos tipificados de reconocimiento dichas firmas no pueden producir los efectos apetecidos ante los tribunales de justicia de los Estados miembros de la UE”.

¹¹⁰ Véase *infra* Nº 2.4 del segundo capítulo.

¹¹¹ Contrasta con la normativa europea, la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* de los Estados Unidos de América que establece lo siguiente en el título III, sección 301, (a) (2) (D): “Take a nondiscriminatory approach to electronic signatures and authentication methods from other jurisdictions”.

3. REPERCUSIONES SOCIOECONÓMICAS

Los contratos celebrados por medios electrónicos no solamente se diferencian de los contratos tradicionales en los aspectos tecnológicos, o en los efectos jurídicos que estas nuevas tecnologías han producido en la formación del contrato electrónico, sino que la inmediatez de las comunicaciones electrónicas, y la pérdida de importancia de las distancias geográficas, también han repercutido significativamente en las condiciones sociales y económicas del Comercio internacional.

Así pues, siguiendo el ejemplo de los profesores Yvon Loussouarn y Pierre Bourel,¹¹² quienes para explicar la crisis de las normas de conflicto en el Comercio internacional recurren a un análisis sociológico, consideramos indispensable para definir las posibles vías de unificación de reglas en la formación del contrato electrónico internacional, esbozar algunos de los aspectos socioeconómicos que repercuten en la contratación en redes abiertas.

3.1 SITUACIÓN ANTERIOR A LA APARICIÓN DE INTERNET

Antes del auge de Internet, los contratos internacionales celebrados entre consumidores y empresarios eran escasos. De tal manera, que los principales actores del Comercio internacional, a partir de la segunda mitad del siglo XX,¹¹³ han sido los operadores internacionales, cuya importancia en la economía mundial es cada vez más manifiesta, quitándole protagonismo a los Estados, considerados como unidad económica, y llegando a poner en duda la función de estos últimos como fuentes y creadores de derechos y obligaciones.¹¹⁴

Dichos actores han propiciado la aplicación de reglas materiales de Derecho espontáneo en los contratos internacionales, y el arbitraje como

¹¹² Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, *Droit International privé*, Dalloz, París, s.d., 2001 7^{ème} édition, N° 77.

¹¹³ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 10.

¹¹⁴ Pedro Alberto de Miguel Asensio, *El Derecho Internacional Privado ante la Globalización*, *Ob. Cit.*, p. 39.

medio de solución de controversias, para mitigar los efectos negativos de la aplicación de las normas de conflicto de Derecho internacional privado,¹¹⁵ que impiden obtener resultados uniformes y para remediar la dificultad que tienen los Estados de aprobar por vía convencional reglas materiales apropiadas para alcanzar una relativa seguridad jurídica en el ámbito del Comercio internacional. Así pues, los operadores internacionales, apoyándose en organizaciones profesionales que elaboran el Derecho corporativo,¹¹⁶ propugnan la aplicación de la *lex mercatoria*,¹¹⁷ que está conformada por una diversidad de categorías heterogéneas, tales como los usos internacionales, los contratos tipo, y las condiciones generales de contratación.¹¹⁸

Aun cuando el reconocimiento del Derecho espontáneo varía, dependiendo de si éste es enfocado desde una perspectiva contenciosa o no contenciosa,¹¹⁹ lo que queremos destacar es que el derecho espontáneo ha surgido, gracias a la labor de ciertos operadores internacionales, o grupos u organizaciones de operadores internacionales. Esto ha permitido llegar a sostener que existe una *societas mercatorum*, conformada por las empresas que manejan los intercambios internacionales; por las empresas pertenecientes al sector industrial que controlan las unidades de producción; y por los bancos que dirigen los flujos monetarios y financieros, entre otros.¹²⁰

¹¹⁵ En términos generales, las normas de conflicto tradicionales son aplicadas por el juez del foro, en aquellos litigios que contienen algún elemento extranjero que los conecte con uno o más países, a fin de determinar la Ley aplicable. Ahora bien, generalmente cada país tiene su propio sistema de solución de conflicto de leyes y la Ley designada por este método, es una Ley que pertenece al Derecho interno de un determinado Estado. Así pues, este método favorece la aplicación del Derecho interno a situaciones de naturaleza internacional y una multiplicidad de soluciones a un mismo supuesto de hecho, dependiendo de la Ley designada por la norma de conflicto. Véase Yvon Loussouarn y Pierre Bourel, *Ob. Cit.*, N° 63.

¹¹⁶ Yvon Loussouarn y Pierre Bourel, *Ob. Cit.*, N° 77.

¹¹⁷ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 9, señala que este término fue acuñado por primera vez en 1964 por el profesor Berthold Goldman, quien observó que estaba emergiendo un *jus mercatorum* o *lex mercatoria*, que revestía todas las características de un sistema jurídico.

¹¹⁸ Véase a Carmen Parra Rodríguez, *Ob. Cit.*, pp. 253 y ss.

¹¹⁹ Yvon Loussouarn y Pierre Bourel, *Ob. Cit.*, N° 75.

¹²⁰ Enumeración de M. Kahn reproducida en la obra de Filali Osman, antes citada, p. 410.

Sin embargo, si bien es discutible el carácter homogéneo de la pretendida organización,¹²¹ es innegable que los operadores internacionales antes de la aparición de Internet, tenían, por lo menos, el común denominador de ser tratados por los distintos ordenamientos jurídicos como unos sujetos plenamente capaces de afrontar los riesgos del Comercio internacional y de gozar de una plena libertad para contratar, matizada por un número moderado de normas imperativas. Esta libertad tenía su asidero en el principio de la autonomía de la voluntad, que generalmente ha imperado en las contrataciones comerciales internacionales.

3.2 SITUACIÓN POSTERIOR AL ADVENIMIENTO DE INTERNET

Esta situación ha cambiado radicalmente a partir del inicio de la contratación electrónica en redes abiertas, provocando un incremento considerable del número de contratos internacionales celebrados entre empresarios y consumidores. Este hecho es reconocido por el autor Vincent Gautrais cuando señala:

La alianza del contrato de consumo y del ciberespacio produce como principal efecto abrir, de par en par, una puerta hacia lo desconocido, en la medida de que constituye una de las primeras veces que el área del consumo se confronta en forma sistemática con el Derecho internacional.¹²²

Así pues, aun cuando en cifras absolutas los montos involucrados en los contratos electrónicos entre empresarios superan con creces los celebrados entre empresarios y consumidores,¹²³ lo importante es destacar que el incremento significativo de esta última clase de contratos supone un cambio en las condiciones socioeconómicas de los actores de los contratos internacionales y del tratamiento jurídico que recibirán las

¹²¹ Véase a la profesora Carmen Parra, *Ob. Cit.*, p. 34.

¹²² Traducción libre. Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 149

¹²³ Según la OCDE en un informe de marzo de 2001, las operaciones entre profesionales representan más de las cuatro quintas partes de todas las operaciones realizadas en línea. Información reproducida por el *documento preliminar N° 17* de la Conferencia de La Haya, *Ob. Cit.*, p. 4, nota 9.

partes en las eventuales controversias. En efecto, los consumidores son generalmente considerados como unos débiles jurídicos, y por tanto los Estados tienen una tendencia generalizada a protegerlos mediante regulaciones de carácter imperativo,¹²⁴ especialmente en aquellos supuestos en que se considera que la actitud del consumidor es pasiva frente al ofrecimiento del empresario.¹²⁵

Sin embargo, más adelante veremos que las normas de Derecho internacional privado, no siempre están adaptadas a la ubicuidad de la información electrónica y a las características propias de la conclusión de contratos por medios electrónicos. De otra parte, las controversias en estos contratos suponen un tema delicado por tratarse de casos en que los montos involucrados son muy reducidos, pero que pueden ser numerosos, planteándose la necesidad de definir una política adecuada para resolver los eventuales conflictos.¹²⁶

Paralelamente al fenómeno anterior, los operadores internacionales también han experimentado cambios cualitativos, en la medida que se han incorporado nuevos comerciantes que cuentan con una menor capacidad económica.¹²⁷ En efecto, gracias a los beneficios tecnológicos, se reducen considerablemente los costos de las negociaciones internacionales, permitiendo que se arriesguen empresas de menor tamaño al de los operadores tradicionales.

¹²⁴ También en el ámbito comunitario, la UE se ha ocupado profusamente del tema.

¹²⁵ Véase a Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 159.

¹²⁶ Este hecho es reconocido por diversas organizaciones internacionales, tales como el de la Conferencia de La Haya, *documento preliminar N° 17* de febrero 2002, antes citado, p. 5.

¹²⁷ Así lo reconoce el profesor Henry H. Perritt Jr, Decano de la Facultad de Derecho de Chicago-Kent en la mesa redonda de Ginebra convocada por la Conferencia de La Haya en septiembre de 1999, en la que sostuvo: *"Internet difiere de las otras tecnologías precedentes, esencialmente por dos características: para comenzar, es, por esencia, un medio mundial; después, reduce de manera considerable las barreras económicas para los nuevos intervinientes. En consecuencia, el número de operadores del comercio electrónico, de pequeñas empresas, y de operaciones de débil valor aparecen de manera exponencial en este mercado"* (traducción libre). Sobre esto véase el "Comunicado de prensa de la Mesa redonda de Ginebra sobre comercio electrónico" de la Conferencia de La Haya, obtenido en línea <http://www.hcch.net/e/events/presso1f.html>, p. 2.

La aparición de este nuevo grupo de operadores ha hecho disminuir la separación que existe entre los consumidores y los operadores¹²⁸ y ha llevado a reflexionar sobre cuál de las dos partes es la que debe ser protegida. En efecto, en el informe elaborado por Avril Haines para la Conferencia de La Haya, éste plantea lo siguiente:

Las empresas ligadas a Internet pueden ser bastante pequeñas, y los consumidores de Internet pueden tener acceso inmediato a un enorme volumen de información, a herramientas de análisis altamente sofisticadas y a una escogencia en línea suficientemente amplia, de tal manera que la relación de fuerzas entre ambas partes, no es siempre fácil de establecer.¹²⁹

De manera que las nuevas condiciones socioeconómicas de las partes contratantes en Internet han producido una cierta tensión entre intereses aparentemente contradictorios, a saber: la protección de los consumidores, en tanto que débiles jurídicos y la necesidad de favorecer el comercio electrónico creando un clima confiable que tampoco perjudique a los operadores internacionales.¹³⁰

Finalmente, en las contrataciones electrónicas en Internet es difícil que las partes puedan deducir la dimensión económica de la otra, especialmente si se trata de un contrato celebrado con un consumidor o con un pequeño empresario.¹³¹ Esto ha llevado a sostener a los expertos que se le debe dar un tratamiento uniforme a los contratos electrónicos celebrados entre empresarios, y entre empresarios y consumidores para solventar esta dificultad. Esta posición es la que ha sido adoptada en la

¹²⁸ Véase la Conferencia de La Haya, *documento preliminar N° 12* de agosto de 2000, antes citado, p. 7, en <http://hcch.net>. Asimismo, véase la CNUDMI, A/CN.9/WG.IV/WP.89, 20 de diciembre de 2000, párrafo 6, en <http://www.uncitral.org>

¹²⁹ Traducción libre. Conferencia de La Haya, documento preliminar N° 17 de febrero 2002, antes citado, p. 11.

¹³⁰ La Conferencia de La Haya, *documento preliminar N° 12*, de agosto de 2000, redactado por Catherine Kessedjian, antes citado, p. 7, destaca que las empresas que proponen servicios y bienes por intermedio de Internet pueden ser pequeñas empresas que vale la pena incentivar.

¹³¹ Véase CNUDMI. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 38° período de sesiones*. (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001). A/CN.9/484, 20 de abril de 2001, párrafo 120.

Uniform Computer Information Transactions Act, de Estados Unidos, cuando no hace distinción entre empresarios y consumidores.¹³²

4. DIFICULTADES EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CONEXIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4.1 CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS

Los factores tradicionales de conexión para determinar la Ley del foro y para permitir localizar la Ley aplicable al contrato con elementos extranjeros, pueden resultar poco adecuados en los contratos por medios electrónicos. Normalmente dichos factores obedecen a criterios que relacionan al contrato o a las partes con el territorio de uno o más Estados, lo cual comporta un problema evidente en los contratos electrónicos, en vista de la poca importancia que tiene el lugar de envío o de recepción de un mensaje de datos, y de la dificultad de obtener información confiable relativa a la localización de las partes contratantes. Sin embargo, con excepción del lugar de ejecución del contrato, que plantea unas dificultades insuperables en ciertos casos,¹³³ otros de los criterios más comunes pudieran adaptarse a la utilización del medio electrónico.¹³⁴

Así, dentro de la nueva gama de negocios que han surgido gracias a Internet, se encuentran los contratos que son ejecutados en línea, porque tienen por objeto bienes o servicios informáticos que pueden ser enviados electrónicamente¹³⁵ o puestos a la disposición del cliente para

¹³² Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, p. 115.

¹³³ Véase Joaquim Forner Delaygua, *International Jurisdiction in "Business to Business" (B2B) on line performed contracts: Lessons from the Hague?*, en *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague* edited by John J. Barceló III and Kevin M. Clermont, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, p. 6.

¹³⁴ Más adelante veremos cómo estas adaptaciones pueden resultar contradictorias con las soluciones adoptadas por algunas leyes. Concretamente esto ocurre en España con la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico.

¹³⁵ Véase *infra* N° 2.3.2 del capítulo tercero. También véase a Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, Nos 249 a 254. A título de ejemplo pensemos en un libro contenido en un archivo electrónico; o en un programa de ordenador, tal como el programa *Norton Antivirus*.

que éste los consulte o realice una copia mediante la transmisión a la memoria de su ordenador.¹³⁶ De forma que en esta clase de contratos resulta complicado determinar el lugar de ejecución. Uno de los lugares susceptibles de ser considerado como tal, es el sitio en el que se encuentra el ordenador en donde ha sido cargado el programa informático objeto del contrato.

Ahora bien, este lugar, tal como quedó demostrado en la primera parte de este trabajo, no necesariamente tiene relevancia jurídica, pues puede estar situado en un lugar completamente diferente al del establecimiento de quien detenta los programas o de quien es titular de los mismos.¹³⁷ De otra parte, no nos parece adecuado el resultado que obtendríamos, si a este criterio de conexión le aplicáramos la regla establecida en el artículo 15.4 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, que establece la ficción de que cuando las partes no hayan dispuesto otra cosa, el mensaje de datos se considerará emitido en el lugar del establecimiento de la parte que lo envía y recibido en el lugar del establecimiento de la parte que lo recibe.¹³⁸

En efecto, la adaptación anterior supondría que se considerase como lugar de ejecución del contrato al lugar del establecimiento del emisor del mensaje datos, que en este caso sería la persona que controla o que es titular de los programas informáticos. Esta solución no parece acertada porque, por una parte, no concuerda con lo dispuesto en la CVIM, ni en los Principios UNIDROIT, que establecen como lugar de ejecución al establecimiento del deudor o del acreedor, según el tipo de prestación;¹³⁹ y de otra parte, porque esto sería partir de la premisa de que

¹³⁶ Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Ob. Cit., Nº 338.

¹³⁷ Véase Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, Ob. Cit., Nº 618. Asimismo, la parte final del artículo 2.c) de la directiva 2000/31 establece lo siguiente: “La presencia y utilización de los medios electrónicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios”.

¹³⁸ El artículo en cuestión precisa que cuando el sujeto tenga más de un establecimiento se tomará en cuenta el que guarde la relación más estrecha con la operación subyacente, o en caso de no haber operación subyacente, se utilizará el establecimiento principal. En caso de que la parte no tenga establecimiento, se tendrá en cuenta el lugar de residencia habitual.

¹³⁹ Véanse los artículos 31 y 57 de la CVIM, y el artículo 6.1.6 de los Principios UNIDROIT.

se trata de una obligación de medios y no de resultados, lo cual no necesariamente se ajusta a la realidad de dichos contratos.¹⁴⁰

Por tanto, consideramos que el lugar de ejecución del contrato, no es adaptable a los contratos electrónicos ejecutados en línea. De tal manera, que resultan inadecuados para dichos contratos los supuestos contemplados en el artículo 6 del proyecto de convención sobre competencia judicial y sentencias extranjeras que prepara la Conferencia de La Haya,¹⁴¹ en el artículo 5.1 de la Convención de Bruselas y en el artículo 5 del Reglamento 44/2001 de la CE sobre competencia judicial,¹⁴² por citar algunos de los instrumentos jurídicos que utilizan el lugar de ejecución del contrato como un factor de conexión.

No ocurre lo mismo, cuando el criterio de conexión para determinar la Ley aplicable a los contratos, es la Ley del país en donde la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual o su establecimiento, en el momento de la celebración del contrato. Así pues, la presunción establecida en el artículo 4.2 de la Convención de Roma, que privilegia la localización de las partes contratantes, en detrimento de la del propio contrato,¹⁴³ puede ser un criterio válido en la contratación

¹⁴⁰ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, Nº 618, cita una jurisprudencia del Tribunal de la Corte de París del 7 de marzo de 2000, en que el tribunal decide lo siguiente: “La prestación, contractualmente convenida, a saber el acceso a Internet, se ejecuta no en la dirección en donde se suscribe el abono, sino en el domicilio del abonado, en donde éste se conecta”. (Traducción libre).

¹⁴¹ Nos referimos a la versión del anteproyecto de Convenio de octubre de 1999. También esta redacción constituye la opción B del anteproyecto corregido y revisado en el 2001.

¹⁴² El artículo 5.1 de la Convención de Bruselas señala lo siguiente: “1. En materia contractual, ante el tribunal del lugar que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación. El Art. 5 del reglamento 44/2001 dispone: “Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1.a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: – cuando se tratase de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías; – cuando se tratase de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios”. Véase a Joaquim Forner Delaygua, J.J. *Ob. Cit.*, Nº IV. El referido autor señala la ventaja que tiene el Reglamento 44/2001 en relación al proyecto de convenio de La Haya en el sentido de que el reglamento permite que las partes elijan convencionalmente el lugar de ejecución del contrato.

¹⁴³ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, Nº 231.

electrónica, a pesar de que ya hemos descrito la dificultad de ubicar geográficamente de dónde proviene un mensaje electrónico y dónde se encuentra el establecimiento o la residencia habitual de las partes.

En efecto, la dificultad arriba indicada, está parcialmente superada dentro del ámbito comunitario, en virtud de la Directiva 2000/31/CE que exige al prestador de servicio de la sociedad de información en disposiciones de carácter imperativo,¹⁴⁴ informar a los destinatarios del servicio, la dirección geográfica en donde está establecido y otras indicaciones que permiten localizarlo. Asimismo, esta dificultad podría ser superada en el resto de la comunidad internacional, en la medida de que el deber de informar el establecimiento de las partes contratantes, en los contratos electrónicos, se consagre como una regla internacional, tal como lo trataremos en el segundo capítulo, fundamentada en el principio de lealtad del comercio internacional¹⁴⁵ o en el principio de buena fe.¹⁴⁶

Además, así como en la actualidad existen mecanismos tecnológicos que permiten identificar con cierta precisión la ubicación geográfica de las partes a partir de la dirección IP,¹⁴⁷ es probable que en un futuro no muy lejano éstas u otras tecnologías se mejoren, de tal forma que sea posible identificar con toda certeza la ubicación del establecimiento de las partes. También existen otros mecanismos, tales como los certificados de atributos, que podrían ser emitidos por las autoridades de certifi-

¹⁴⁴ Victoria Abellán Honrubia Blanca Vilà Costa (dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, primera edición - 1993, primera reimpresión de la tercera edición: 2000, p. 132, señala que las Directivas de la CE obligan a los países miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse. Asimismo, el artículo 20 de la Directiva 2000/31/CE, señala: “Los Estados miembros determinarán las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales que se adopten en aplicación de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para su aplicación...”.

¹⁴⁵ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, N° 259.

¹⁴⁶ Véase *infra* N° 2.5.3 del capítulo segundo.

¹⁴⁷ Véase a Michael Geist, *Ob. Cit.*, pp. 57 a 64. A título de ejemplo señalamos la tecnología ofrecida por Infosplit en <http://www.infosplit.com>, que pretende localizar con precisión cualquier dirección IP, a partir de un conjunto de técnicas y algoritmos. La autora de este trabajo, el 15 de enero de 2003, les consultó el país de origen de su correo electrónico que pertenece a los servicios gratuitos de MSN, y en instantes supieron determinar que el mismo provenía de España.

cación de firmas electrónicas, o por entidades similares, para indicar la ubicación geográfica del establecimiento de las partes contratantes.¹⁴⁸

Otro de los factores de conexión que ha permitido localizar a los contratos internacionales tradicionalmente ha sido la Ley del lugar de celebración del contrato. Este criterio ha perdido fuerza en la actualidad, tal como lo hemos mencionado anteriormente, por la dificultad de determinar este lugar en los contratos entre ausentes.¹⁴⁹ Dicha dificultad ha sido una de las razones que han justificado importantes iniciativas uniformadoras, tales como la CVIM y los Principios UNIDROIT.

Sin embargo, en España, este criterio continúa siendo residualmente utilizado para establecer la Ley del foro; y en la CE, es uno de los factores de conexión contemplados por la Convención de Roma para establecer la forma de los contratos de acuerdo con el artículo 9.1¹⁵⁰ y para determinar los medios de prueba de acuerdo con el artículo 14.2 *ejusdem*. También podemos asimilar la problemática que plantea el criterio de conexión antes señalado, al del lugar de celebración del acto jurídico contemplado en el artículo 9.4 de la Convención de Roma, pues la forma de adecuarlo a los contratos electrónicos es parcialmente idéntica. El mencionado artículo dispone lo siguiente:

Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma ... **de la ley del país en el que se efectúe dicho acto.** (Las negrillas son nuestras)

Ahora bien, el lugar de celebración de un contrato entre ausentes, que como hemos visto, es el caso más frecuente en los contratos electrónicos, es posible identificarlo si utilizamos los criterios aplicados en la

¹⁴⁸ Véase, *Ob. Cit.*, p. 64.

¹⁴⁹ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, Nº 230.

¹⁵⁰ Este criterio solamente es utilizado en aquellos contratos celebrados entre partes que se encuentren en un mismo país, lo cual reduce considerablemente la dimensión de la dificultad.

CVIM, que reconoce el sistema de la recepción,¹⁵¹ junto con las reglas de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que definen el lugar de envío y de recepción de un mensaje de datos. En efecto, según el autor Filali Osman, la CVIM,

en la medida de que cumple un papel crucial dentro de la codificación de los usos consagrados por la *lex mercatoria*..., es susceptible de constituir las premisas del enunciado de un principio general que rijan la formación del contrato entre ausentes. Dicho principio consagraría, tal como lo hemos subrayado, el sistema de la recepción.¹⁵²

Asimismo, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, establece la ficción antes señalada, de que el lugar de emisión y el lugar de recepción de un mensaje de datos se corresponden con el del establecimiento de la parte que envía o recibe dicho mensaje, salvo pacto en contrario.¹⁵³ De tal manera, que el lugar de celebración de un contrato o en donde se celebró un acto, son unos criterios de conexión que pudieran adaptarse a los contratos electrónicos con elementos extranjeros. La adecuación propuesta tiene la ventaja de que privilegia, como factor de conexión de Derecho Internacional privado, al lugar de establecimiento de las partes contratantes, tal como es la tendencia del Derecho contemporáneo,¹⁵⁴ pero en los casos concretos de la Convención de Roma, sus efectos son reducidos.

Sin embargo, la adaptación propuesta no se corresponde con la solución adoptada por el artículo 29 de la Ley 34/2002 española sobre comercio electrónico que establece lo siguiente:

¹⁵¹ El artículo 23 de la CVIM señala lo siguiente: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”. Asimismo el artículo 18.2 *ejusdem* dispone: “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente...”.

¹⁵² Traducción libre. Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 120.

¹⁵³ Véase *infra* N° 2.5.2.c) del segundo capítulo.

¹⁵⁴ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, N° 232. El autor antes citado, en la nota N° 121 señala que esta tendencia es recogida en los *Principios europeos del derecho de los contratos*, versión 1998, artículo 7.101, lugar de ejecución.

Lugar de celebración del contrato.- Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.¹⁵⁵

En efecto, la Ley española adopta un criterio rígido en torno al lugar de celebración de los contratos, que no necesariamente concuerda con el sistema de la recepción de la CVIM y de los Principios UNIDROIT.

4.2 *CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES*

En la Convención de Roma los criterios de conexión que permiten la aplicación de normas imperativas del Estado en donde reside habitualmente el consumidor, no pueden adecuarse a la contratación por medios electrónicos, con la misma facilidad que los supuestos tratados en la sección anterior. En la citada Convención, se parte del principio de que se debe proteger al consumidor que tiene un carácter pasivo frente a las iniciativas tomadas por los comerciantes.¹⁵⁶

Ahora bien, para definir el carácter pasivo del consumidor se atienden a criterios localizadores que no tienen en cuenta las características específicas del contrato electrónico. Así pues, el primer supuesto del artículo 5.2 de la Convención de Roma dispone que, para que no se prive al consumidor de las normas imperativas de la Ley del país en donde tenga su residencia habitual, la oferta o la publicidad que preceden a la

¹⁵⁵ La solución española en relación al lugar de celebración del contrato entre ausentes, crea varios regímenes para un mismo contrato, dependiendo de si el mismo es celebrado en soporte papel, o en soporte electrónico, y de si se trata de un contrato electrónico sometido a las normas de conflicto de Derecho internacional privado, o a la Convención de Viena, de la cual España forma parte. Adicionalmente, la Ley española también crea un régimen jurídico distinto según el contrato sea celebrado entre empresarios o cuando una de las partes sea un consumidor.

¹⁵⁶ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, Nº 286. Véase Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, *Ob. Cit.*, Nº 349.

celebración del contrato, deben haber sido especialmente dirigidas a dicho país, y que el consumidor haya realizado, en ese mismo país, los actos necesarios para la celebración del acto.

El primer requisito está íntimamente relacionado con el tema que ya tratamos anteriormente sobre la multiplicidad de normas aplicables a una misma oferta realizada en Internet, en el que mencionamos que las ofertas realizadas en la *Web*, pudieran considerarse como proposiciones de contratar especialmente dirigidas a cada uno de los países desde donde se puede acceder a las mismas. También la interpretación contraria pudiera ser plausible, pues se pudiera alegar que la ubicuidad de la información puesta en la red, siendo una característica intrínseca de la misma, no es un factor determinante para considerar que la oferta está especialmente dirigida a un determinado Estado. Sin embargo, más adelante veremos las discusiones doctrinarias que existen en torno a este tema, la diversidad de criterios acogidos por la jurisprudencia extranjera y cómo es preciso adoptar una regla relativa a este tema.¹⁵⁷

Por su parte, el segundo requisito tampoco se adapta a la contratación electrónica, pues el lugar desde donde se envía una aceptación de la oferta no tiene relevancia jurídica y puede ser accidental. Sin embargo, si acogemos el criterio arriba señalado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, obtendremos un resultado que va contra el espíritu de la norma, pues siempre se entenderá que la aceptación ha sido enviada desde el establecimiento del consumidor, y que siempre ha sido recibida en el establecimiento del operador comercial. De forma tal, que en la práctica el consumidor siempre asumiría una conducta pasiva frente a las ofertas de los comerciantes, o activa, dependiendo de cuándo se considere que surte efecto legal la aceptación.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Véase *infra* N° 3 del segundo capítulo.

¹⁵⁸ De acuerdo con el artículo 8.3 del Proyecto de Convención sobre contratación electrónica que actualmente prepara la CNUDMI, la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. Véase CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención*. A/CN.9/WG.IV/WP.95, información obtenida en <http://www.uncitral.org>. También véase la última versión disponible en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100 del 24 de febrero de 2003, en la dirección electrónica antes citada.

De su parte, la redacción del artículo 5.1.c) del Reglamento 44/2000/CE, fue modificado con respecto a la Convención de Bruselas, de forma de adecuarse a los contratos electrónicos entre consumidores y empresarios, respetando el criterio de proteger a los consumidores pasivos. La norma antes citada dispone que para que el tribunal del Estado miembro del domicilio del consumidor sea competente para conocer de una demanda sobre un contrato de consumo, requiere que la otra parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades hacia dicho Estado, y que el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades.

Ahora bien, nuevamente este supuesto, a pesar de que se adapta mejor a la situación del contrato electrónico, requiere definir en qué consiste una actividad dirigida hacia el Estado del consumidor, pues como lo hemos señalado anteriormente, este concepto es objeto de múltiples discusiones doctrinarias y de diversos criterios jurisprudenciales. Todo lo anterior sugiere la necesidad de establecer criterios uniformes para determinar cuándo los tribunales de un Estado son competentes para conocer de un contrato celebrado en línea, en especial cuando una de las partes es un consumidor; y cuándo se debe considerar que un operador dirige sus actividades comerciales hacia uno o varios países y por tanto debe cumplir con la normativa vigente en dichos Estados.

5. LA NECESIDAD DE SOLUCIONES UNIFORMES EN LA REGULACIÓN DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El carácter global y la ubicuidad de la información en Internet han favorecido un intercambio comercial internacional sin precedentes. Esto ha llevado a ciertos autores a sostener que se ha creado un mercado,¹⁵⁹ entendido como un sitio público, en el que se encuentran los compradores y los vendedores, haciendo una analogía con el mercado bursátil que también puede desarrollarse en redes informáticas.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, Ob. Cit., Nº 14.

¹⁶⁰ Esta idea es consecuente con la Directiva 2000/31/CE que en el artículo 1.1 establece lo siguiente: "El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros".

Aun cuando la idea de mercado permitiría darle un tratamiento unificado a la contratación electrónica, nos preguntamos si la heterogeneidad propia de las actividades realizadas en Internet, las diferentes tecnologías que se pueden emplear para contratar por medios electrónicos, la dimensión mundial de este medio y la diversidad de los sujetos que navegan en la red, pueden conducirnos a una concepción unitaria de este fenómeno.¹⁶¹

Adicionalmente, de ser posible calificarlo como un mercado, también nos preguntamos si este concepto no sería restrictivo, pues tal como hemos visto, el medio electrónico involucra cambios más profundos que la simple creación de un nuevo mercado.

Sin embargo, el hecho que resulta innegable es el carácter transfronterizo de la contratación electrónica y la problemática que conlleva la multiplicación del número de contratos celebrados entre ausentes, en un medio en el que existen dificultades reales para determinar la Ley aplicable al contrato, aun cuando ciertos criterios de conexión tradicionales puedan ser adecuados al medio electrónico. Tampoco puede obviarse, el incremento del número de controversias en el ámbito internacional; los montos involucrados en dichas reclamaciones, que hacen dudar de la eficacia de someterlas a una autoridad judicial; la dificultad de hacer efectivas las eventuales sentencias y los efectos de las mismas, más allá de las fronteras del Estado que las dicta.

Asimismo, la imposibilidad de distinguir la capacidad económica de las partes contratantes y si tienen o no el carácter de consumidores; la necesidad de proteger tanto a los consumidores, como a los operadores internacionales que negocian en la red; así como la multiplicidad de leyes que tienen vocación de ser aplicadas a una misma oferta en Internet; son aspectos que demandan, tal como ocurre con los temas arriba enuncia-

¹⁶¹ De otra parte hay que considerar el carácter descentralizado de Internet que dificulta la idea de un mercado. Sobre lo anterior, véase a Pierre Sirinelli, *Ob. Cit.*, p. 3, lo siguiente: "la red es una malla sin nudo central, sin organización estructurada, sin gestión centralizada y sin identificación precisa de los recorridos efectuados por la información" (traducción libre).

dos, la búsqueda de soluciones materiales uniformes, que logren la confianza y la seguridad jurídica que requiere el Comercio internacional.

Así pues, todos los rasgos característicos de la contratación electrónica invitan a la búsqueda de soluciones uniformes, ajenas a la disparidad de resultados que propicia el Derecho internacional privado tradicional, dándole en consecuencia un nuevo impulso a la unificación de reglas en el Comercio internacional.¹⁶² También, este impulso debería producir efectos en el Derecho interno de los Estados, para lograr un acercamiento entre los distintos sistemas de Derecho, en lo relativo al Derecho contractual. Sin embargo, la complejidad del tema y de los intereses involucrados, no permiten que sea fácil la unificación de reglas. Por lo tanto, tal como lo veremos más adelante, en ciertas materias, más que reglas materiales comunes, es preciso comenzar porque los Estados reconozcan que se requiere obtener un cierto grado de armonización o de interoperabilidad entre los distintos sistemas jurídicos involucrados.

¹⁶² Joaquim-J. Forner Delaygua, *Ob. Cit.* p. 8, sostiene que las mismas causas que han hecho posible el predominio de las reglas materiales en el Comercio internacional, subsisten en el comercio electrónico entre empresarios.

Capítulo II

Principios reguladores de la formación del contrato electrónico internacional

La formación del contrato electrónico internacional está regulada por diversos instrumentos que pertenecen a las más disímiles categorías jurídicas, tal como sucede frecuentemente en el ámbito del Comercio internacional en que los operadores internacionales recurren con regularidad a la *lex mercatoria*,¹⁶³ la cual se caracteriza por la pluralidad de fuentes que la componen. Ahora bien, en este capítulo nos dedicaremos a extraer los principios consolidados e incipientes presentes en los instrumentos jurídicos que regulan la formación del contrato electrónico internacional y que también han sido recogidos en las normas de Derecho interno de algunos Estados. Asimismo, este ejercicio nos permitirá enunciar algunas de las reglas más específicas que están emergiendo en materia de formación del contrato electrónico internacional derivadas de dichos principios.

¹⁶³ Véase, *supra* capítulo I, N° 3.1.

El propósito de este capítulo es destacar algunos principios en la formación del contrato electrónico que están presentes en los distintos instrumentos jurídicos que lo reglamentan, sin importar la categoría jurídica a la que pertenezcan, y que son susceptibles de convertirse en principios generales de Derecho internacional privado y otros en reglas específicas derivadas de dichos principios,¹⁶⁴ para regular e interpretar uniformemente los contratos electrónicos internacionales.¹⁶⁵

En efecto, ya hemos señalado la importancia que tiene la costumbre y las prácticas y los usos en el ámbito del Comercio internacional.¹⁶⁶ Ahora bien, es precisamente en este ámbito en donde los principios generales de Derecho internacional privado han adquirido una enorme trascendencia,¹⁶⁷ gracias a la labor desempeñada por los árbitros que conocen de los litigios derivados de contratos internacionales, y en menor medida a la de los jueces, dependiendo de las normas de Derecho internacional privado del foro en donde se ventile el juicio.

Así pues, los principios generales entendidos como reglas fundamentales que privan sobre otras más particulares y que por su grado de abstracción, son susceptibles de recibir un gran número de aplicaciones, tal como los define M. Jeanneau,¹⁶⁸ pueden ser invocados *para dar solución a los problemas surgidos en la contratación internacional que no encuentran respuesta en los ordenamientos internos*.¹⁶⁹

De tal manera, que en este capítulo pretendemos contribuir a reforzar la tesis propuesta por los autores Eric A. Caprioli y Renaud Sorieul de

¹⁶⁴ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 341 destaca que el profesor Goldman, considera que la *lex mercatoria* puede estar compuesta por tres elementos, a saber: los principios, las reglas y los usos. Sobre las reglas el profesor Goldman señala: “*la place des règles entre les principes et les usages est moins nettement déterminée. On se bornera à dire qu’un même principe peut se développer en plusieurs règles, selon les situations dans lesquelles l’on s’y réfère.*”.

¹⁶⁵ Tal como lo señala la profesora Carmen Parra Rodríguez, en la obra antes citada, p. 200, los principios generales del Comercio internacional pueden ser utilizados por las partes para regular los contratos internacionales, o para rellenar las lagunas legales, siempre que así lo permitan las normas de Derecho internacional de la Ley del foro; o como factores de interpretación por parte de los jueces.

¹⁶⁶ Véase *supra* capítulo I, N° 3.1.

¹⁶⁷ Véase a Carmen Parra Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 188.

¹⁶⁸ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 332.

¹⁶⁹ Carmen Parra Rodríguez, *Ob. Cit.*, p. 221.

que de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Guía para su incorporación, además de servir de modelo de Ley a los Estados que deseen acogerla, recoge unas reglas o principios¹⁷⁰ que también cumplen una valiosa función en el ámbito contractual, y en el campo judicial o arbitral en la medida de que sean utilizados por el juez, o el árbitro, en tanto que normas supletorias de la voluntad de las partes,¹⁷¹ y que incluso tienen vocación de convertirse en usos reconocidos del Comercio internacional.¹⁷²

A pesar de que es innegable la contribución de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en la formación de los principios y reglas del Comercio internacional, es necesario tener en cuenta de que muchos de los principios y reglas que estudiaremos han sido precisados y completados, o están en proceso de serlo, por la práctica, tal como lo reflejan algunas reglas recogidas en otros instrumentos jurídicos a los que haremos referencia en cada caso específico.

Sin embargo, antes de ocuparnos de los principios y de las reglas, arriba mencionados, es necesario tratar el fundamento histórico de la diversidad de fuentes normativas y de reglamentaciones comparadas.

1. LA DIVERSIDAD DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ESTUDIADOS

Las primeras normas de Derecho positivo promulgadas por los Estados para regular la transmisión de datos por medios electrónicos datan

¹⁷⁰ La Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, antes citada, párrafo N° 2 señala: “...*Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificultan ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico*”.

¹⁷¹ Véase la Guía antes citada, párrafo N° 20.

¹⁷² Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, en la *Ob. Cit.*, p. 374. En contra Olivier Cachard, *La régulation Internationale du Marché Electronique*, *Ob. Cit.*, N° 222. La Guía antes citada, párrafo 5, establece: “*Además, la Ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales*”.

de la década de los noventa.¹⁷³ Sin embargo, hacía más de dos décadas que las principales organizaciones internacionales en materia comercial abogaban para que los Estados suprimieran los obstáculos jurídicos para la celebración de contratos electrónicos, y en general del comercio electrónico.¹⁷⁴

El carácter transfronterizo del contrato electrónico y de las redes por donde transitan los mensajes de datos, que fue destacado en el capítulo anterior, ha sido fundamental para impulsar los trabajos de diversas organizaciones internacionales de carácter estatal o empresarial a fin de producir unas normas o reglas adecuadas que favorezcan el Comercio internacional o regional europeo. Es así como la CNUDMI se ocupó por primera vez de este tema en 1984,¹⁷⁵ y luego de numerosos años de trabajos aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en 1996, junto con la Guía para su incorporación al Derecho interno de los Estados, y el artículo 5 bis en 1998, que ha sido uno de sus mayores logros en la materia.¹⁷⁶

¹⁷³ José M. Sánchez Felipe, *La réglementation du commerce électronique dans l'Union européenne*, *Revue de droit uniforme*, 2000-4, p. 666, señala que las primeras leyes son de 1996 y que provienen de Estados norteamericanos, tales como la *Digital Signature Act* de Utah; la *Electronic Writing and Signature Act* de Illinois; y la *Digital Writing and Signature Statute* de Oklahoma.

¹⁷⁴ Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, *Journal du Droit International*, avril-mai-juin- 1997, p. 330. El comercio electrónico designa las actividades comerciales efectuadas por medio de ordenadores interconectados por líneas de telecomunicación, tal como es definido en el *documento preliminar N° 7* de abril de 2000 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, p. 18. El término comercial debe entenderse en sentido amplio, ya que tal como lo destacan los autores Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, *Ob. Cit.*, p. 326, el concepto de comercio electrónico está íntimamente relacionado con las actividades de las empresas cuando utilizan la informática para interactuar con su entorno.

¹⁷⁵ Un año más tarde se aprobó la Recomendación de la CNUDMI de 1985 en la que se aconsejaba a los Estados eliminar los obstáculos legales para la admisión probatoria y la validez de los documentos informáticos.

¹⁷⁶ La CNUDMI normalmente adopta sus decisiones por consenso, más que por votación, de acuerdo con el documento informativo de la CNUDMI, en la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/spanish/news/faq-s.htm> .

Esta Ley, aun cuando forma parte de lo que es considerado como el *soft law*,¹⁷⁷ y por tanto no es coercitiva, sino que más bien propone a los Estados un modelo “*para la evolución y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales*”,¹⁷⁸ ha sido acogida íntegramente por algunos países;¹⁷⁹ ha inspirado muchas otras legislaciones;¹⁸⁰ y se ha convertido en la referencia obligatoria de todos los expertos en materia de comercio electrónico.¹⁸¹

Sin embargo, la CNUDMI no ha trabajado en forma aislada, además de que en la elaboración de sus leyes modelo tiene como política permitir

¹⁷⁷ Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, Ob. Cit., p. 331, los autores señalan que el *soft law*, en tanto que fuente jurídica posee características jurídicas propias: “*no es de cumplimiento obligatorio, sino por la adhesión voluntaria de los Estados o por medio de la voluntad de las partes del contrato, pues en principio se apoya en las prácticas y en los usos comerciales existentes en la materia*” (traducción libre).

¹⁷⁸ *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico*, en <http://www.uncitral.org>, párrafo 124.

¹⁷⁹ Tal es el caso de Colombia, Corea, Singapur, Illinois en los Estados Unidos de América, de acuerdo con una información de la CNUDMI, reproducida en el *documento preliminar N° 7*, de abril de 2000, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, antes citado, pp. 5 y 6.

¹⁸⁰ A título de ejemplo citamos a la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico que en su considerando 58 reconoce el papel que debe jugar la CNUDMI en la armonización del comercio electrónico atendiendo a su dimensión global. Asimismo, la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* aprobada en el 2000 por el Congreso de los Estados Unidos de América, reconoce en la sección 201, 2.A. que se deben eliminar los obstáculos de las transacciones electrónicas adoptando los principios pertinentes de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. También, Australia, Canadá, Hong Kong, India, Filipinas, Eslovenia, México, Tailandia y los Estados Unidos de América, se han inspirado en la redacción de la citada Ley Modelo, en las leyes que han aprobado en la materia o que están en proceso de elaboración, de acuerdo con la información de la CNUDMI, reproducida en el *documento preliminar N° 7*, de abril de 2000, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, antes citado, pp. 5 y 6. Venezuela igualmente ha acogido en gran medida los principios establecidos en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la *Gaceta Oficial N° 37.148* del 28 de febrero de 2001.

¹⁸¹ A título de ejemplo la Conferencia de La Haya, entre otros, en su *documento preliminar N° 7*, de abril de 2000, antes citado, hace referencia de la importancia de la CNUDMI en la regulación del comercio electrónico.

que intervengan diversas organizaciones internacionales¹⁸² y Estados que no forman parte de la Comisión, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ha tomado en consideración los trabajos previos que existían en la materia, especialmente los modelos de acuerdos de intercambio de EDI a los que hicimos referencia en el capítulo anterior.¹⁸³ De su parte, en la preparación de estos modelos de intercambio han jugado un papel decisivo a nivel internacional, entre otros, los trabajos del Grupo de Trabajo para la Facilitación de los Procedimientos de Comercio Internacional (WP.4) copatrocinado por la Comisión Económica para Europa y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; la Comunidad Europea (CE); y la Cámara Internacional de Comercio (CCI).¹⁸⁴

Asimismo, después de la aprobación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, se han venido preparando otras iniciativas uniformadoras para regular, entre otras materias, aspectos específicos de la formación del contrato electrónico, tal como sucede con las Directivas europeas sobre firmas electrónicas y comercio electrónico,¹⁸⁵ en el ámbito de la

¹⁸² Véase el documento informativo de la CNUDMI, <http://www.uncitral.org/spanish/news/faq-s.htm>. Concretamente en los trabajos iniciales de la CNUDMI de 1984 se tomó en consideración un informe presentado por el Grupo de Trabajo sobre la facilitación de los procedimientos comerciales internacionales (WP.4), el cual está copatrocinado por la Comisión Económica para Europa y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que resaltaba la pertinencia de que la CNUDMI se ocupara de los problemas relacionados con los documentos informáticos, en vista de que era un tema propio de Derecho mercantil internacional. Sobre esto último véase, la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo 125.

¹⁸³ Coincidimos con la opinión de los autores Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, en la *Ob. Cit.*, p. 327, de que los análisis y soluciones jurídicas desarrolladas para los contratos por medio de EDI son aplicables a Internet.

¹⁸⁴ Entre otros documentos el WP.4 aprobó en 1995 la Recomendación N° 26, que propone un modelo de acuerdo de intercambio EDI. Asimismo, la CCI, en materia de EDI, aprobó en 1987 las Reglas UNCID, que constituyen unos principios a ser tomados en consideración para la redacción de los acuerdos de intercambio EDI por parte de los operadores internacionales y que forman parte del repertorio de las Naciones Unidas para el intercambio de datos comerciales. De su parte la CE aprobó en 1994, una Recomendación que consta en el documento (94/820/CE), en el que aconseja a los operadores de la CE utilizar el acuerdo de intercambio contenido en la misma, y que tiene bastantes elementos comunes con la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Véase sobre esta materia la obra de Rosa Julià Barceló, antes citada, que le consagra parte del Título II, Capítulo I.

¹⁸⁵ La Directiva 99/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica y la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

CE; con la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de 2001 de la propia CNUDMI; con los GUIDEC¹⁸⁶ publicados por la CCI por primera vez en 1997, y que fueron reformados y ampliados en el 2001, cuya última versión toma en consideración expresamente los trabajos previos de la CNUDMI y de las Directivas europeas.

Tampoco se debe olvidar el papel que ha desempeñado la OCDE,¹⁸⁷ el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya¹⁸⁸ en la regulación del comercio electrónico, ni de la nueva contribución de la CNUDMI que actualmente está trabajando en un proyecto de Convención sobre contratación electrónica,¹⁸⁹ ni del nuevo modelo de acuerdo de comercio electrónico aprobado en el 2000, por medio de la Recomendación N° 31 de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CE-FACT-ONU).¹⁹⁰

Es por ello que en este capítulo nos dedicaremos a extraer los principios consolidados e incipientes que son comunes en materia de formación del contrato electrónico en diversos instrumentos jurídicos que lo regulan, partiendo de la premisa de que los primeros intentos de regulación que se produjeron en la materia tienen un origen contractual, o en reglamentaciones que pertenecen al referido *soft law*, es decir, que no son de cumplimiento obligatorio.

Así pues, atendiendo también a la importancia que han tenido las organizaciones o asociaciones internacionales en la regulación de la forma-

¹⁸⁶ El texto de las dos versiones de los GUIDEC se pueden obtener en línea en la página *Web* de la CCI http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec_two/preface.asp

¹⁸⁷ Véase entre otros trabajos la *Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico*, del 9 de diciembre de 1999, cuyo texto traducido al castellano fue preparado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Subsecretaría de Comercio Interior y por la Procuraduría Federal del Consumidor. Coordinación de Enlace Institucional de México, información obtenida en línea en la siguiente dirección: <http://www.secofi-ssci.gob.mx>

¹⁸⁸ Véase el *documento preliminar N° 7* de la Conferencia de La Haya, antes citado, Capítulo III.

¹⁸⁹ Véase CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de Convención*. A/CN.9/WG.IV/WP.95, información obtenida en <http://www.uncitral.org> - también véase la última versión disponible en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100 del 24 de febrero de 2003, en la dirección electrónica antes citada.

¹⁹⁰ Naciones Unidas, Comisión Económica para Europa, *Accord de Commerce Electronique*, Recommendation N° 31, ECE/TRADE/257, mayo 2000, en línea <http://www.unece.org>

ción del contrato electrónico, nos permitiremos comparar algunos instrumentos propuestos por dichas organizaciones, en especial la referida Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con leyes positivas que han sido aprobadas en diversos Estados. También nos serviremos de las Directivas y Recomendaciones comunitarias, en vista de la relevancia que tiene la CE dentro del comercio internacional, y de su valiosa aportación en la reglamentación de este tema.

2. PRINCIPIOS CONSOLIDADOS Y REGLAS DERIVADAS DE LOS MISMOS

2.1 PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTENIDA EN UN MENSAJE DE DATOS¹⁹¹

El reconocimiento jurídico de los mensajes de datos constituye el principal objetivo perseguido por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, el cual queda claramente recogido en el principio de no discriminación de la información contenida en los referidos mensajes de datos.¹⁹² En el caso específico de la formación del contrato internacional, este principio se refiere a la validez jurídica y a la eficacia probatoria de cualquier manifestación de voluntad de las partes contentiva de una oferta o de una aceptación transmitida por medios electrónicos o similares; así como de las eventuales comunicaciones intercambiadas por las partes, de la misma forma antes señalada, durante la fase de negociación previa a la conclusión del contrato.

La admisión del principio de no discriminación es común a toda la normativa, modelos de acuerdos y reglas estudiadas. En efecto, dicho principio es reconocido en la cláusula 4.1 del Modelo de Acuerdo de

¹⁹¹ Véase *supra* nota 2. Así pues, la definición de mensajes de datos por parte de la Ley Modelo es deliberadamente amplia para admitir que la generación, transmisión, envío, recepción, o archivo de dichos mensajes pueda realizarse por medios electrónicos, ópticos o similares. De otra parte, el profesor Rafael Illescas Ortiz, en la *Ob. Cit.*, pp. 42 y 43, aclara que el término información utilizado en la definición del mensaje de datos, debe ser entendido en sentido amplio, es decir, que comprende los datos conformados por textos, imágenes, sonidos, etc.

¹⁹² Véase los artículos 5, 5 bis, 11, y 12 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

Intercambio EDI aprobado por la Recomendación 26 de la WP.4 que invita a los Estados miembros de las Naciones Unidas a acoger el modelo de acuerdo de intercambio EDI,¹⁹³ y por la cláusula 3.1 del modelo de Acuerdo de intercambio EDI incluido en la Recomendación 94/820/CE,¹⁹⁴ que señala lo siguiente:

Las partes, con la intención de que este acuerdo resulte legalmente vinculante, renuncian expresamente a hacer uso de cualquier derecho a interponer una acción tendente a invalidar un contrato celebrado mediante el uso de EDI de conformidad con las condiciones establecidas en el Acuerdo, basándose únicamente en el hecho de que se celebró mediante el uso del EDI.

También está contemplado en la cláusula 3.1 de la Recomendación 31 de la CEFAC-ONU.

Asimismo, la Directiva 2000/31/CE, cuyas normas son de carácter imperativo, consagra el principio de la no discriminación expresamente en el artículo 9.1:

Los Estados miembros velarán porque 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 electrónica.¹⁹⁵

También el referido principio está presente en Francia en los artículos 1316 y 1316-2 del Código Civil, de acuerdo con la redacción aprobada

¹⁹³ Working Party on Facilitation of International Trade Procedures (WP.4), Recommendation N° 26, *Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic Data Interchange*, ECE/TRADE/WP.4/r.1133/Rev.1, en línea http://www.unece.org/trade/untdid/texts/d240_d.htm.

¹⁹⁴ Véase el texto de la referida Recomendación en línea http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!CELEXnumdoc&lg=FR.

¹⁹⁵ Véase también el artículo 5.2 de la Directiva 99/93/CE que también reconoce este principio para la firma electrónica, sea cual fuere la tecnología empleada.

en la Ley N° 2000-230 del 13 de marzo de 2000¹⁹⁶ y en el artículo 23 del proyecto de *Ley sur la société de l'information*¹⁹⁷ del 18 de junio de 2001 que introduce el artículo 1369-1 en el Código Civil; en España, en el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico;¹⁹⁸ en Canadá, en el artículo 5 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*;¹⁹⁹ en Estados Unidos, en la sección 7(a) y (b) de la UETA,²⁰⁰ y en la sección 101 (a) de la Ley Federal conocida como la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*;²⁰¹ y en Venezuela en el artículo 1 de la LMDF.

Sin embargo, el ámbito de aplicación material de este principio no es absoluto, ni el alcance del mismo es idéntico en todas las manifestaciones de voluntad efectuadas por medios electrónicos. En efecto, el considerando 36 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE permite formarse una idea bastante acertada de algunas de las restricciones que puede tener este principio, en la Unión Europea, y que por lo demás, también algunas de ellas están presentes en otras legislaciones extracomunitarias, cuando señala:

¹⁹⁶ Publicada en el J.O. N° 62 del 14 de marzo de 2000, p. 3.968, en línea, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁹⁷ El texto del proyecto de Ley fue obtenido en línea <http://www.assemblee-nationale.fr/projets/p13143.asp>

¹⁹⁸ Con anterioridad, la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil ya admitía la prueba informática y antes de ello, tanto la doctrina, como la jurisprudencia admitían la prueba informática. Véase sobre este tema la obra antes citada de Rosa Julià Barceló, pp. 166 a 185.

¹⁹⁹ El texto de dicha Ley fue obtenida en línea, <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca.htm>

²⁰⁰ La *Uniform Electronic Transactions Act* (1999) UETA fue redactada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, como un modelo de Ley a ser adoptada voluntariamente por los distintos Estados Federales de los Estados Unidos de América. Según información obtenida en la página Web de la *Uniform Law Commissioners*, http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factssheets/uniformacts-fs-ueta.asp hasta el 18 de febrero de 2003 (última revisión efectuada), la UETA había sido promulgada en 41 estados y estaba en proceso de aprobación en otros 6 estados. Véase Henry D. Gabriel, *The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, en *Uniform Law Review*, 2000-4, Ns-Vol V, pp. 651 al 664.

²⁰¹ Esta Ley forma parte del Anexo Normativo de la obra de José María Álvarez-Cienfuegos Suárez, *La Firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la Legislación Vigente*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000, pp. 217 a 238.

Los Estados miembros pueden mantener restricciones para el uso de los contratos que requieran, por ley, la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o las profesiones que ejerzan una función pública. Esta posibilidad se aplica también a los contratos que requieren la intervención de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que ejerzan una función pública para surtir efectos frente a terceros, así como también a los contratos que requieran, por ley, la certificación o la fe pública notarial.

Asimismo, el considerando 37 de la Directiva 2000/31/CE, expresa las limitaciones prácticas que puede tener el principio de la no discriminación del medio electrónico de la siguiente manera:

La obligación de los Estados miembros de suprimir los obstáculos por la celebración de los contratos electrónicos se refiere sólo a los obstáculos derivados del régimen jurídico y no a los obstáculos prácticos derivados de la imposibilidad de utilizar la vía electrónica en determinados casos.²⁰²

No obstante, las limitaciones que pueda establecer cada Estado, las mismas no tienen mayor trascendencia en la formación del contrato internacional de compraventa de bienes muebles, por tratarse de una materia en la que priva el principio de la autonomía de la voluntad, y el de la libertad de formas, tal como lo veremos cuando nos refiramos al principio de la equivalencia funcional, con excepción de aquellos contratos en los que algunas de las partes sea un consumidor.²⁰³

²⁰² A título de ejemplo, véase la parte final del artículo 23 de la Ley española 34/2002 que exceptúa a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones; a los contratos, negocios o actos jurídicos que por Ley deban constar en documento público, o para que produzcan determinados efectos debe constar en documento público, o que requieran la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas. Véase también las limitaciones al principio de no discriminación establecidas en la sección N° 103 de la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* y en el artículo 1369-2 del Código Civil francés que propone crear el proyecto de Ley *sur la société de l'information* del 18 de junio de 2001.

²⁰³ Véase *infra* el N° 2.2 de este mismo capítulo. También véase la *Recomendación relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico* del Consejo de la OCDE, aprobada el 9 de diciembre de 1999 cuyo primer principio establece: “*PROTECCIÓN TRANSPARENTE Y EFECTIVA. A los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio*”.

De otra parte, el alcance del principio de no discriminación variará de acuerdo con la tecnología empleada y entre otros aspectos, por la forma en que haya sido generado y conservado el mensaje de datos que contenga la manifestación de voluntad de las partes. A título de ejemplo, señalamos que no puede ofrecer el mismo grado de seguridad un mensaje de datos contenido en un soporte electrónico en el que se ha empleado una firma electrónica avanzada, en los términos de la Directiva 99/93/CE, que un mensaje de datos en el que no se ha utilizado ningún tipo método de seguridad para identificar al emisor del mismo.

Es por ello que el artículo 9.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico dispone que el valor probatorio de un mensaje de datos deberá ser evaluado en función a la fiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; a la fiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información; y a la forma en que se identifique al iniciador y cualquier otro factor pertinente.

2.2 PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico consagra la equivalencia funcional, tal como lo reconoce la Guía para su incorporación cuando señala:

...La Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.²⁰⁴

²⁰⁴ Guía antes citada, párrafo N° 16. Véase a Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 39, en la que el autor extiende el principio de la equivalencia funcional, no solamente a los actos jurídicos escritos, sino también a los orales. Esta interpretación extensiva del profesor Illescas nos produce ciertas dudas en la medida de que consideramos que la intención de la CNUDMI fue limitar el principio al concepto de lo escrito, en vista de la importancia que éste tiene en la esfera jurídica y que la equivalencia funcional entre los actos jurídicos orales o manifestados por medio de mensajes electrónicos, más bien se puede deducir del principio de no discriminación de la información contenida o transmitida en formato electrónico. Véase *supra*, el N° 2.1 de este mismo capítulo.

Este criterio que obedece a una política legislativa adoptada por los expertos que prepararon la Ley Modelo, se basa en el convencimiento de que, a pesar de las grandes diferencias existentes entre la información consignada en un soporte electrónico con respecto a la consignada en el soporte papel, la equivalencia funcional es la forma más adecuada para superar los obstáculos jurídicos de una cultura fuertemente arraigada en la noción de lo escrito.²⁰⁵

No obstante, podemos encontrar antecedentes a este principio en la Recomendación N° 26 del WP.4. En efecto, el Modelo de Acuerdo antes señalado, establece la equivalencia funcional en la cláusula 7.6, cuando estipula que las notificaciones de las partes podrán ser realizadas por escrito y debidamente firmadas por una persona autorizada o por medio de su equivalente electrónico.²⁰⁶ Asimismo, un criterio similar fue el que inspiró la recomendación 94/820/CE cuando señala lo siguiente:

Pour que l'EDI constitue une solution de remplacement aux transactions sur papier, il est essentiel d'accorder aux messages EDI une valeur comparable à celle des documents utilisés jusque-là.²⁰⁷

En la CE, también dicho principio ha sido acogido en la legislación comunitaria de carácter imperativa, tal como se desprende del artículo 5.1 de la Directiva 99/93/CE para la firma electrónica, cuando exige a los Estados miembros que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma cumpla con los mismos requisitos que una firma manuscrita.²⁰⁸

²⁰⁵ Véase, Eric A Caprioli, et Renaud Sorieul, en la *Ob. Cit.*, pp. 380 a 382.

²⁰⁶ “7.6. Notice: ...every notice required to be given under this Agreement or under the Technical Annex shall be treated as properly given if provided to the other party in writing and signed by an authorised person for the party giving notice or an electronic equivalent of which a record can be produced...”

²⁰⁷ Recomendación citada, Anexo 2. A los efectos de la frase citada hemos preferido la versión en francés a la que consta en castellano, pues recoge con mayor claridad el principio de la equivalencia funcional.

²⁰⁸ Véase también el considerando 20 del preámbulo de la referida Directiva que señala lo siguiente: “...Las firmas electrónicas avanzadas relacionadas con un certificado reconocido y creadas mediante un dispositivo seguro de creación de firma únicamente pueden considerarse jurídicamente equivalentes a las firmas manuscritas si se cumplen los requisitos aplicables a las firmas manuscritas”.

Ahora bien, aun cuando la disposición citada solamente se refiere a la equivalencia funcional entre un tipo de firma electrónica y la firma manuscrita, se debe inferir que el legislador comunitario busca establecer, en una forma confiable, la equivalencia funcional entre un documento consignado en soporte papel y uno contenido en soporte electrónico. También el Reglamento 44/2001 de la CE reconoce dicho principio cuando en el artículo 23.2 establece que se considerará hecho por escrito aquel acuerdo atributivo de competencia judicial que se efectúe por medios electrónicos que proporcione un registro duradero.

La equivalencia funcional igualmente está consagrada en Francia en las modificaciones introducidas en el Código Civil mediante la Ley N° 2000-230; y en España por medio del Real Decreto-Ley 14/1999 del 17 de septiembre 1999 sobre firma electrónica, y la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.²⁰⁹ En Canadá la *Loi uniforme sur le commerce électronique* parte I, está claramente inspirada en el principio de la equivalencia funcional de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. En Venezuela este principio es recogido en el artículo 4 de la LMDF.²¹⁰ También este principio está implícito en ambas versiones de los GUIDEC, en la Ley Uniforme para la Firma Electrónica, en el proyecto de normas sobre contratación electrónica que prepara la CNUDMI y en el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional.²¹¹

En Estados Unidos de América, este principio es acogido en la UETA, y también en la sección 8. (a) de la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*. Esta última Ley es particularmente intere-

²⁰⁹ En el caso español más adelante veremos cómo la Ley 34/2000 introduce unos preceptos que hacen dudar del alcance del principio de la equivalencia funcional.

²¹⁰ El Decreto Ley venezolano presenta las mismas particulares que la Ley española en cuanto al alcance del principio de equivalencia funcional, tal como veremos más adelante.

²¹¹ También, en el artículo 1.10 de los referidos Principios UNIDROIT acogen una definición amplia del término escrito: “4. ‘Ecrit’ Dans certain cas, les Principes font référence à un ‘écrit’ ou à un ‘contrat écrit’. Voir les articles 1.2., 2.9., (2), 2.12, 2.17 et 2.18. Les Principes définissent cette condition de forme en termes fonctionnels. Ainsi, un écrit comprend non seulement un télégramme mais aussi tout autre mode de communication qui permet de conserver l’information qui y est contenue et qui peut laisser une trace matérielle”.

sante porque reconoce la equivalencia funcional cuando interviene un consumidor en la relación contractual.²¹² Además, existen otras leyes, tales como la *Uniform Mediation Act* de 2001 que expresamente establece este principio en

8. Section 2(8). “Record” and Section 2(9). Sign. These Sections adopt Standard language approved by the Uniform Law Conference that is intended to conform Uniform Acts with the Uniform Electronic Transactions Act (UETA) and its federal counterpart, Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign)...

De otra parte, la equivalencia funcional también ha sido reconocida a nivel judicial en los Estados Unidos, tal como se desprende de una sentencia de un Tribunal de Distrito del Estado de Illinois que reconoce la validez de una cláusula de arbitraje contenida en un contrato de licencia comunicado por medios electrónicos, haciendo una interpretación unitaria de la noción de escrito, a pesar de que la *Federal Arbitration Act*, adoptada en 1925 y vigente para el momento de la sentencia, por razones evidentes, no contemplaba los contratos concluidos por medios electrónicos.²¹³

Ahora bien, la equivalencia funcional entre un documento electrónico y uno que conste en soporte papel no es absoluto. Como hemos señalado anteriormente, una información en soporte electrónico difiere notablemente de una contenida en un soporte papel.²¹⁴ De tal manera, que la

²¹² Véase sección N° 101 (c) (1) que establece: “(1) *CONSENT TO ELECTRONIC RECORDS. Notwithstanding subsection (a), if a statute, regulation, or other rule of law requires that information relating to a transaction or transactions in or affecting interstate or foreign commerce be provided or made available to a consumer in writing, the use of an electronic record to provide or make available (whichever is required) such information satisfies the requirement that such information be in writing if...*”

²¹³ United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 de mayo de 2000, *Lieschke, Jackson & Simon vs Realnetworks Inc, Revue de l'arbitrage*, 2002- N° 1, pp. 193 a 200. Crónica de Olivier Cachard.

²¹⁴ Véase la *Ob. Cit.* de Joaquín Forner Delaygua, p. 7, en la que el autor destaca la necesidad de que las reglas internacionales sobre atribución de competencia judicial adopten reglas materiales para regular las características que debe cumplir el soporte electrónico en el que se registre el pacto de atribución de competencia, y qué sucede en caso de que exista contradicción entre los hechos registrados y los hechos verdaderos, o qué ocurre cuando estos registros no contienen los hechos relevantes que permitan atribuir la jurisdicción.

equivalencia funcional solamente se producirá cuando el soporte electrónico cumpla con los requisitos y condiciones de un documento escrito, y es por ello, que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico agrupa en los artículos 6, 7 y 8, los principales requisitos que a tales efectos, debe cumplir un mensaje electrónico. Los citados artículos de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, pretenden sintetizar todas las características que debe reunir un documento escrito, de acuerdo con los distintos sistemas jurídicos, y a las distintas funciones que puede cumplir un documento escrito en el ámbito del comercio electrónico.²¹⁵

Los requisitos antes señalados están implícitos en los acuerdos, reglas y leyes antes citados,²¹⁶ y también, en la sentencia del tribunal de Distrito de Illinois, arriba reseñada, cuando reconoce la validez del pacto de arbitraje por medios electrónicos, en la medida de que el mismo pueda ser conservado y archivado por las partes. Sin embargo, además de las leyes que reproducen en gran medida la redacción de la Ley Modelo, resulta particularmente ilustrativo el artículo 1316-1 introducido en el Código Civil francés por la Ley anteriormente mencionada, que señala lo siguiente:

L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, **sous réserve que puisse**

²¹⁵ Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo 17, que señala lo siguiente: “Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la gradación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del ‘equivalente funcional’, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida”. Véase también, el documento de la CNUDMI, *Echange de Données Informatiques. Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques*, A/CN.9/333, du 18 de mai 1990, párrafo 19, que señala en relación a los mensajes EDI, que a nuestro juicio también es válido para las otras tecnologías electrónicas, que: “L'étude TEDIS actuelle indique que les principaux obstacles juridiques au développement de l'EDI sont l'obligation d'établir, d'expédier ou de conserver des documents sur supports papier signés et les conditions juridiques liées à la preuve”.

²¹⁶ En la normativa comunitaria, con excepción del Reglamento 44/2001 para la materia específica del pacto atributivo de competencia judicial, y de las Directivas aplicables a la formación de un contrato electrónico en el que intervenga un consumidor, no existe una norma de carácter imperativo que exija expresamente la conservación de los mensajes electrónicos en un soporte duradero. Sin embargo, este requisito está tácitamente reconocido en dicha legislación, pues a menos que, a título de ejemplo, una firma electrónica avanzada en los términos y condiciones de la Directiva 99/93/CE sea conservada en un soporte duradero, la misma no podría ser promovida en un eventual juicio, y producir los efectos de una firma manuscrita, tal como lo dispone la citada Directiva.

être dûment identifié la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. (Las negrillas son nuestras).²¹⁷

Por el contrario, la Ley 34/2002 española podría plantear dudas con respecto a la necesidad de que el documento electrónico deba cumplir ciertos requisitos para lograr la equivalencia funcional, con excepción del requisito de que sea conservado en un soporte electrónico. En efecto, el artículo 23.3 de la Ley antes citada señala: “*Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico*” y el 24.2 de esa misma Ley dispone: “*En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*”.²¹⁸

No obstante, consideramos que una interpretación conjunta de la referida Ley y del Real Decreto-ley 14/99 permiten matizar la equivalencia funcional entre ambos tipos de documentos²¹⁹ reduciéndola a términos semejantes a los establecidos en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.²²⁰ Adicionalmente, tal como lo hemos dicho anteriormente las Directivas comunitarias acogen el principio en términos semejantes a

²¹⁷ En Francia es objeto de debates doctrinarios la naturaleza de las modificaciones introducidas en la Ley N° 2000-230 del 13 de marzo 2000, en el sentido de que se discute si estas reformas solamente atañen al concepto de escrito *ad probationem* o incluyen también *ad validitatem*. Sobre esto véase la crónica de Olivier Cachard, antes citada, p. 197.

²¹⁸ Esta misma duda se presenta en el artículo 4 de la LMDF de Venezuela que señala lo siguiente: “*Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos...*”

²¹⁹ Particularmente, si interpretamos a contrario el artículo 3.1 del referido Decreto. En efecto, si una firma electrónica debe cumplir con una serie de requisitos para tener el mismo valor jurídico que una firma manuscrita, entonces no todos los documentos firmados electrónicamente tendrán el mismo valor que un documento firmado en forma autógrafa, a menos que reúnan los términos y condiciones establecidos en la Ley.

²²⁰ El artículo 9.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico contiene una regla que permite establecer el alcance de la equivalencia funcional cuando dispone: “*...Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente*”.

los de la Ley Modelo, y por tanto, siendo normas de carácter imperativo, los Estados miembros deben legislar en forma acorde a dichas normas.²²¹

De otra parte, aun cuando el principio de la equivalencia funcional no está prácticamente limitado en el ámbito de la formación del contrato internacional de compraventa de mercaderías, por tratarse de una materia en donde priva el principio de la autonomía de la voluntad,²²² con excepción de las restricciones técnicas que hemos señalado anteriormente, es preciso tratar el tema específico de los consumidores que, como hemos visto, en la mayoría de las legislaciones son protegidos por normas de carácter imperativo.²²³

Así pues, aun cuando el principio de la equivalencia funcional también es extensible a la formación del contrato electrónico en los que interviene un consumidor, en gran parte de las legislaciones estudiadas, dicho

²²¹ Véase a Carmen Parra, *Ob. Cit.*, p. 64, en el capítulo segundo que trata sobre la armonización a través de Directivas, señala lo siguiente: “*El Estado miembro por un lado tendrá que modificar su regulación interna para alinearse con el objetivo perseguido por la Directiva y por otro lado derogará aquella normativa que persiga intereses distintos a los establecidos en la misma*”. También la autora en el capítulo citado, p. 68, sostiene que las Directivas que armonizan normas materiales contienen implícitamente la cláusula de *stanstill* “*por la cual los Estados no podrán dictar normas contrarias desde la aprobación de la Directiva*”.

²²² Véase *supra* N° 2.1 del presente capítulo. Normalmente las limitaciones a la equivalencia funcional entre ambos tipos de documentos están íntimamente ligadas a aquellos documentos en donde las leyes exigen que el acto jurídico conste por escrito como un requisito de validez o en que las leyes dispongan de solemnidades o formalidades, tales como la presencia de un funcionario público.

²²³ Sin embargo, existen documentos íntimamente ligados a la compraventa internacional de mercaderías, tales como los conocimientos de embarque, que por su especificidad requieren de un estudio separado al del presente trabajo, cuya desmaterialización pudiera ser problemática en determinados Estados en los que los derechos y obligaciones contenidos en él, dependen del título mismo. Este documento es regulado por la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico en sus artículos 16 y 17. Asimismo, los *Incoterms 2000*, *Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*, publicación de la CCI N° 560, en el N° 19 de la introducción señala lo siguiente: “*A pesar de la peculiar naturaleza jurídica del conocimiento de embarque, se espera que pueda llegar a ser sustituido por medios electrónicos en un futuro próximo...De acuerdo con las cláusulas A8, los documentos sobre papel pueden ser reemplazados por mensajes electrónicos, con tal que las partes hayan acordado comunicarse electrónicamente. Tales mensajes pueden transmitirse directamente a las partes interesadas o a través de un tercero que proporcione servicios de valor añadido...Los sistemas que proporcionan esos servicios, como el llamado servicio BOLERO, pueden requerir el soporte adicional de normas legales o principios apropiados...*”.

principio solamente es aplicable, previo cumplimiento de ciertos requisitos formales que difieren de una legislación a otra,²²⁴ cuya finalidad es proteger el consentimiento otorgado por la parte jurídica considerada más débil.²²⁵ Sobre este tema la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aun cuando no excluye a los consumidores del ámbito de aplicación de la Ley, en la nota 2 de su texto reconoce que la *legislación protectora del consumidor puede gozar de prelación sobre el régimen de la Ley Modelo*.²²⁶

2.3 PRINCIPIO DE NO ALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE

El fundamento de este principio consiste en evitar que las reglas introducidas en materia de comercio electrónico conlleven “*una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos –nacional e internacional– en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar*”, tal como lo expresa el profesor Illescas Ortiz.²²⁷ De tal manera, que se parte del principio de que el elemento electrónico no es más que “*un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica*”.²²⁸

El referido principio aparentemente permitiría poner en duda la trascendencia de los cambios introducidos por el comercio electrónico a la que aludimos en el primer capítulo. No obstante, consideramos que una formulación positiva del mismo, nos permitirá ver claramente el alcance de

²²⁴ Véase la Directiva 2000/31/CE, especialmente la sección 3ª del capítulo II; la *Electronic Signatures in Global and national Commerce Act*, sección 101; y la *Recomendación relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico*, del Consejo de la OCDE, principios I al IV.

²²⁵ Didier Gobert et Étienne Montero, *Les contrats conclus par voie électronique*, en *Le Commerce Électronique Européen sur les Rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D. N° 19, Namur, Bruylant, 2001, p. 212.

²²⁶ *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo N° 27.

²²⁷ Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 46.

²²⁸ *Ob. Cit.* p. 46.

este principio. En efecto, el espíritu subyacente en toda la normativa y las reglas estudiadas es regular los aspectos técnicos del medio electrónico para adaptarlos al Derecho preexistente. La fórmula positiva que proponemos queda patente en el párrafo 13 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo sobre Comercio electrónico cuando señala:

La Ley Modelo tiene por objeto enunciar los procedimientos y principios básicos para facilitar el empleo de las técnicas modernas de comunicación para consignar y comunicar información en diversos tipos de circunstancias.

Así pues, el enfoque que priva en los modelos de acuerdos de intercambio EDI; en las reglas elaboradas por las asociaciones empresariales, y por los organismos internacionales; y en las normas de Derecho positivo aprobadas por los Estados, es eliminar los obstáculos jurídicos que existen para el empleo del medio electrónico de la forma más sencilla posible, lo cual se traduce en intentar ajustar las nuevas tecnologías al Derecho preexistente. Este enfoque también está implícito en el principio de la equivalencia funcional, tal como arriba lo hemos indicado, en la medida de que dicho principio tiene por finalidad reducir a la mínima expresión el impacto producido por las normas sobre comercio electrónico. Sin embargo, ninguno de los principios enunciados pretende negar las profundas modificaciones que está y que seguirá produciendo la Telemática en la formación del contrato electrónico internacional y en general, en todos los campos jurídicos.²²⁹

Aun cuando el referido principio tiene plena vigencia como mecanismo de adaptación del medio electrónico al Derecho preexistente, es necesario hacer algunas precisiones acerca del contenido del mismo. La primera de ellas es de carácter técnico, debido a que el medio electrónico tiene un mayor número de aplicaciones prácticas que los medios tradicionales de comunicación y por tanto, se producen supuestos de hechos que difícilmente se hubiesen podido prever en las normas jurídicas ante-

²²⁹ Véase *supra* N° 1 del capítulo I.

riores a la era informática. A título de ejemplo, señalamos el caso en que la formación del contrato puede ocurrir sin la intervención de las partes o de alguna de ellas, gracias a la figura conocida como el agente electrónico,²³⁰ que requiere de ciertas previsiones especiales en materia de consentimiento, particularmente en los supuestos en que alguna de las partes incurra en error.²³¹

Asimismo, la segunda precisión con respecto al contenido del principio de no alteración del derecho preexistente, tiene una relación directa con las modificaciones normativas que se deben llevar a cabo para intentar adaptar medios tan disímiles como el soporte electrónico y el soporte papel. En efecto, ya hemos visto que para lograr que una firma electrónica reúna las características de una firma autógrafa, es necesario que intervengan unos terceros a la relación contractual conocidos como los proveedores de servicios de certificación. Igualmente, la figura conocida como el acuse de recibo es particularmente importante en las manifestaciones de voluntades consignadas en soporte electrónico, pues contribuyen a confirmar la recepción de dichas manifestaciones, por parte del destinatario.²³²

Es por ello que algunos autores, como Vincent Gautrais, sostienen que el contrato electrónico requiere del cumplimiento de ciertas formalidades de carácter técnico, pues de lo contrario, se lo podría equiparar a una obligación natural, en la medida de que existe la imposibilidad prác-

²³⁰ Véase *supra* N° 1.1 del capítulo I.

²³¹ El documento de la CNUDMI, *Echange de Données Informatiques. Etude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques*, A/CN.9/333, du 18 de mai 1990, párrafo 61 afirma: “*Contrairement aux diverses techniques traditionnelles de communication, comme la poste, le téléphone et le télex, l’ EDI offre de nouvelles possibilités d’automatiser le processus de prise de décisions. Ainsi, l’ordinateur de l’acheteur peut être programmé pour envoyer des commandes dans certaines circonstances, et l’ordinateur du fournisseur peut être programmé pour donner suite aux commandes qu’il reçoit, sans la moindre intervention humaine. Une telle situation peut accroître le risque que, faute d’un contrôle direct exercé par les propriétaires des machines, un message soit expédié et un contrat soit formé qui ne reflètent pas l’intention réelle d’une partie ou de plusieurs parties au moment de la formation du contrat*”. Véase la *Loi uniforme sur le commerce électronique* del Canadá, artículos 19 y 22; el literal h de la sección 101 de la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*.

²³² Véase *infra* N° 2.5.2 del presente capítulo.

tica de demostrar la existencia del contrato²³³ y por tanto de exigir el cumplimiento judicial de la obligación.²³⁴

De tal manera, que el principio de no alteración del Derecho preexistente, con las precisiones arriba señaladas, está reconocido en la Directiva 99/93/CE en la parte final del artículo 1; en España, en la primera parte del numeral 2 del artículo 1 del Real decreto-ley 14/1999, que dispone: “*Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones*”, y en el artículo 23, numeral 1 de la Ley 34/2002; y en los Estados Unidos de América este principio está consagrado en la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* en la sección 101(b).

Finalmente, el señalado principio está presente en forma similar en los modelos de acuerdo EDI, y en las Reglas de las asociaciones internacionales, tales como la cláusula 1.1 de la Recomendación N° 26 del WP.4 que dispone: “*This Agreement governs any electronic transfer of Messages between the parties. Except as expressly provided, this Agreement does not govern any other relationships, contractual or not, in the context of which Messages are communicated*”; y el artículo 1 de las Reglas UNCID de la CCI cuyo texto es del siguiente tenor: “*These rules aim at facilitating the interchange of trade data effected by teletransmission, through the establishment of agreed rules of conduct between parties engaged in such transmission. Except as otherwise provided in these rules, they do not apply to the substance of trade data transfers*”.

2.4 PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

La neutralidad tecnológica tiene por finalidad reconocer “*la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E para abarcar con sus reglas no sólo la tecnología existente en el momento en que se for-*

²³³ Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, p. 89.

²³⁴ Véanse los artículos 10 y 11 de la Directiva 2000/31/CE.

mulan sino también las tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación".²³⁵ Este principio está presente en todo el articulado de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la mayoría de las leyes y reglas corporativas estudiadas.

Así pues, la definición de mensaje de datos de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, incluye medios similares a los electrónicos u ópticos para reflejar que *"no está únicamente destinada a regir las técnicas actuales de comunicación, sino que pretende ser apta para acomodar todos los avances técnicos previsibles"*.²³⁶ Asimismo, la neutralidad tecnológica de la Ley Modelo es palpable en el artículo 7 cuando establece los requisitos objetivos que debe reunir una firma electrónica, sin hacer mención de una tecnología específica.

En tal sentido, el primer aparte del artículo 1 de la LMDF venezolana posee una disposición particularmente amplia que acoge dicho principio de la siguiente manera:

El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Igualmente, la neutralidad tecnológica está consagrada, en la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* cuando establece la necesidad de: *"Permit parties to a transaction to determine authentication technologies and implementation models for their transactions, with assurance that those technologies and implemen-*

²³⁵ Rafael Ortiz Illescas, *Ob. Cit.*, p. 51.

²³⁶ *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo 31.

tation models will be recognized and enforced”;²³⁷ en la UETA;²³⁸ y en la *Loi uniforme sur le commerce électronique* canadiense.²³⁹

Sin embargo, el principio de la neutralidad tecnológica puede estar expresado con mayor o menor amplitud en las legislaciones y en las reglas estudiadas, según se trate de la utilización de nuevas tecnologías, en general, o de la firma electrónica, en particular. En efecto, la mayor parte de las leyes y reglas estudiadas contemplan la posibilidad de acoger nuevas tecnologías, obedeciendo a una sana política de previsión. Aun cuando, el mismo principio anima gran parte de las regulaciones sobre las firmas electrónicas, es en esta última materia en la que dicho principio tropieza con ciertas dificultades.

Tales dificultades tienen su origen en la importancia que posee la firma electrónica, a fin de que el documento electrónico produzca un grado de seguridad y de fiabilidad semejante al de los documentos contenidos en soporte papel.²⁴⁰ Así pues, hemos visto que uno de los principios fundamentales en los que reposa la contratación electrónica es en el principio de la equivalencia funcional.²⁴¹ Ahora bien, en el capítulo anterior igualmente hemos mencionado que en la actualidad solamente la firma electrónica basada en el sistema de criptografía asimétrica, y asociada a la intervención de los proveedores de servicios de certificación, es la única que puede ofrecer un grado de seguridad similar al de la firma autógrafa en los documentos privados.²⁴²

De tal manera, que aun cuando, hoy en día, existen varias tecnologías aplicables, solamente una cumple a cabalidad con los requisitos de la firma autógrafa. De otra parte, tampoco debemos olvidar la velocidad con la que se producen los avances tecnológicos, lo cual hace bastante

²³⁷ Section 301, (2), (B). También véase los principios (C) y (D) de la antes citada sección de la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*.

²³⁸ Véase la definición del término electrónico en la sección 2 de la precitada Ley.

²³⁹ Véase el artículo 10, apartados 1 y 2 de la referida Ley.

²⁴⁰ Véase a Rosa Julià Barceló, *Ob. Cit.*, p. 172.

²⁴¹ Véase *supra* el N° 2.2 de este capítulo.

²⁴² Véase *supra* el N° 2.4 del capítulo I.

probable que en un futuro próximo surjan nuevas técnicas que sean tan o más efectivas que las firmas electrónicas antes señaladas.

Es por ello, que los legisladores, y las diversas organizaciones o asociaciones internacionales que han trabajado en la materia se han visto en el dilema de intentar regular en forma exhaustiva las firmas electrónicas que ofrecen mayores seguridades hasta los momentos, pero a la vez permitir que las otras tecnologías existentes o las que puedan surgir en el futuro, también produzcan efectos jurídicos y no sean objeto de discriminación legal. Sin embargo, por las razones antes señaladas, son escasas las normas o reglas estudiadas que acogen en forma absoluta el principio de la neutralidad tecnológica, con respecto a las firmas electrónicas. Esta última afirmación también es cierta con respecto a la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de la CNUDMI, pues aun cuando parte del principio de neutralidad tecnológica, y no hace una ninguna referencia expresa a una determinada tecnología, buena parte de sus disposiciones han sido redactadas tomando en cuenta la tecnología de la firma digital asociada a la intervención de los prestadores de servicios de certificación.²⁴³

No obstante lo anterior, en su mayoría, las legislaciones y las reglas y modelos de acuerdos estudiados, le reconocen efectos legales a las firmas electrónicas, independientemente de la tecnología empleada. Tal es el caso de las Reglas UNCID de la CCI que establecen en el artículo 9.a, lo siguiente: “*The parties may agree to apply special protection, where permissible, by encryption or by other means, to some or all*

²⁴³ El proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas, párrafo 34, establece lo siguiente: “*La CNUDMI ha tratado de elaborar una legislación uniforme que pueda facilitar el empleo tanto de las firmas numéricas (basadas en sistemas criptográficos) como de otras formas de firmas electrónicas. A ese fin, La CNUDMI ha tratado de abordar las cuestiones jurídicas de las firmas electrónicas a un nivel intermedio entre la generalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la especificidad que podría requerirse al abordar una técnica de firma determinada. En cualquier caso, y siguiendo el criterio de neutralidad respecto de los medios técnicos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, no debe interpretarse que la Ley Modelo desalienta el empleo de cualquier método de firma electrónica ya existente o que pueda aplicarse en el futuro*”. (el comentario entre paréntesis y las negrillas son nuestras).

data exchanged between them”; de la Recomendación 94/820/CE²⁴⁴ que aprueba el modelo de intercambio europeo; de ambas versiones de los GUIDEC, que aun cuando primordialmente establecen las reglas y prácticas para la utilización de la firma digital en el Comercio internacional, también hacen extensibles dichas reglas a otras tecnologías;²⁴⁵ y de la Directiva 99/93/CE para la firma electrónica, que a pesar de regular básicamente la firma electrónica avanzada, que se corresponde con la firma digital asociada a la intervención de los prestadores de servicios de certificación, en el artículo 5.2 le reconoce efectos jurídicos a las otras tecnologías de la siguiente manera:

Los Estados miembros velarán porque no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que:

- ésta se presente en forma electrónica, o
- no se base en un certificado reconocido, o
- no se base en un certificado, expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o
- no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

La redacción de la precitada Directiva que, por una parte reconoce la equivalencia funcional de la firma electrónica avanzada con la firma autógrafa, siempre que se cumplan con los extremos establecidos en los anexos I, II y III de la misma Directiva; y que por la otra, se limita a no

²⁴⁴ Véase la cláusula 6.2 y la explicación del contenido del mismo, en el texto de la citada Recomendación.

²⁴⁵ En la primera versión de los GUIDEC de 1997, antes citados, I. Background, señalan lo siguiente: “*Although the GUIDEC is organised primarily as an outline for parties involved in public key based systems (i.e. ‘digital signatures’), the fact that it draws upon existing law means that it is not technology specific; it may be equally applied to paper-based and other methods for ensuring*”. Asimismo, una versión similar es acogida en los GUIDEC II, también antes citados.

negarle efectos jurídicos a las otras tecnologías empleadas, le ha valido la calificación de que no es neutral desde el punto de vista tecnológico, o que acoge un régimen mixto. No obstante, consideramos que lo importante es que dicha Directiva le reconoce efectos jurídicos a la utilización de otras tecnologías. Mucho más preocupante que la falta de neutralidad de la antes citada Directiva, es el régimen que establece para el reconocimiento de una firma electrónica avanzada basada en un certificado de una autoridad de certificación que no pertenezca a la CE.²⁴⁶

2.5 REGLAS DERIVADAS DE LOS PRINCIPIOS REGULADORES DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

Además de los principios consolidados arriba enunciados, existen unas reglas derivadas de los mismos, o que pudieran deducirse de éstos y de ciertos principios generales del Comercio internacional ampliamente reconocidos, tales como el principio de la buena fe,²⁴⁷ que también son susceptibles de convertirse en reglas uniformes aplicables a la formación del contrato electrónico internacional. Sin embargo, tal como ocurre con los principios arriba enunciados, las reglas que señalaremos a continuación, solamente podrán ser reconocidas como reglas de Derecho en la medida de que este reconocimiento sea llevado a cabo por los árbitros²⁴⁸ y por los jueces que conozcan de los eventuales litigios en la materia. Desgraciadamente, todavía hoy en día, son escasos los laudos arbitrales o sentencias que se ocupan de la formación del contrato electrónico.²⁴⁹

²⁴⁶ Véase, *supra* N° 2.4 del capítulo I.

²⁴⁷ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 19 señala lo siguiente: “Or, en l’absence de telles règles supplétives de la volonté des parties, les arbitres du commerce international ont été amenés, progressivement, à puiser dans le principe supérieur de bonne foi le substrat leur permettant de mesurer le comportement des contractants et d’énoncer des règles de conduite de plus en plus cohérentes et uniformes”.

²⁴⁸ Según Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 354: “Le droit prétorien, qui apparaît progressivement à travers l’élaboration d’une véritable jurisprudence arbitrale, privilégie le recours aux principes généraux du droit anational. Les arbitres manient, en effet, avec une certaine aisance, l’articulation du général et du spécial, pour élaborer des règles de plus en plus spécialisées, aptes à gouverner l’interprétation (du contrat et du droit), la formation et l’exécution du contrat international”.

²⁴⁹ Véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 30.

Por tanto, en esta sección nos limitaremos a enunciar algunas de las reglas más importantes para la formación del contrato electrónico internacional que sean comunes o compatibles con la mayoría de los instrumentos jurídicos comparados. No obstante lo anterior, son muchas las reglas que están emergiendo o quedan por formarse para regular a cabalidad la formación del contrato electrónico.

A pesar de que la mayoría de las reglas que señalaremos son extraídas de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, algunas de ellas son recogidas por primera vez en la Directiva 2000/31/CE y solamente están presentes en el proyecto de Convención sobre contratación electrónica de la CNUDMI, o en recomendaciones u otros trabajos preparatorios de las organizaciones o asociaciones internacionales, pero se derivan de principios consolidados de aceptación generalizada en los instrumentos jurídicos examinados.

2.5.1 Momento y lugar de emisión y de recepción de las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes

Tanto el momento, como el lugar de emisión y de recepción de un mensaje de datos contenido de una oferta o de una aceptación, son fundamentales para determinar el momento y lugar de formación de los contratos electrónicos, que tal como lo hemos señalado anteriormente, en su mayoría, se trata de contratos celebrados entre ausentes. Ahora bien, para establecer las reglas que permitan determinar estos hechos, es preciso acudir al principio de no alteración del Derecho preexistente o preferiblemente a su formulación positiva, es decir, al principio de la adecuación de las nuevas tecnologías al Derecho preexistente.

a) Momento de emisión del mensaje de datos. En relación al momento de emisión de un mensaje de datos, el artículo 15.1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico señala lo siguiente:

De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.

Esta regla de carácter supletoria a la voluntad de las partes es recogida en el artículo 23 (1) de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* canadiense y en la sección 15 (a) (3) de la UETA.

Sin embargo, tanto la ley canadiense como la UETA añaden unas precisiones que son útiles a los efectos de determinar el momento de emisión de un mensaje de datos. Así pues, ambas leyes contemplan el caso en que por razones técnicas el mensaje de datos nunca deja de estar bajo el control del emisor, tal como ocurre cuando se trata de entornos cerrados con un servidor común.²⁵⁰ Esta situación es resuelta por ambas leyes disponiendo que en caso de que el emisor y el destinatario compartan el mismo sistema de información, se entiende emitido el documento electrónico cuando éste pueda ser recuperado y tratado por el destinatario.

Aun cuando más ninguno de los instrumentos estudiados recoge una disposición similar,²⁵¹ debemos mencionar que en España la Ley 34/2002 aprobó modificar el artículo 1262 del Código Civil, el cual fija como momento de formación de los contratos electrónicos celebrados mediante dispositivos automáticos, el momento en que se manifiesta la aceptación. Así pues, no existiendo ninguna norma dentro del ordenamiento español, ni dentro del comunitario, que fije el momento de emisión de la aceptación de una oferta, la regla antes enunciada podrá servir de criterio objetivo para determinarlo.²⁵²

b) Momento de recepción del mensaje de datos. La recepción de un mensaje de datos está contemplada en el artículo 15.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la siguiente manera:

²⁵⁰ Ejemplo tomado del comentario de la sección 15 que hace el propio texto de la UETA

²⁵¹ El artículo 10 de la LMDV venezolana tiene una disposición cuyo contenido es excesivamente amplio como para contribuir a formular una regla sobre este tema. En efecto, el artículo 10 de la referida Ley dispone: "**Oportunidad de la Emisión.** Salvo acuerdo en contrario entre las partes, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del Emisor lo remita al Destinatario". El artículo 11.4 versión A del proyecto de Convención de la CNUDMI sobre contratación electrónica, en la versión recogida en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100 antes citado, toma en consideración la posibilidad de que tanto el emisor como el destinatario compartan un mismo sistema de información.

²⁵² Esto mismo opina Fernando Hernández Jiménez-Casquet, *El Marco Jurídico del Comercio y la Contratación Electrónicos*, en *Principios de Derecho de Internet*, Ob. Cit., p. 351.

15.2. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

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

i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

Esta disposición es acogida con algunas variaciones por la UETA en la sección 15 (b), por la ley canadiense en su artículo 23 (2) y por la LMDF venezolana en su artículo 11. Tanto la UETA como la ley canadiense y la ley venezolana establecen precisiones con respecto al supuesto en que el destinatario no haya indicado ningún sistema de información para recibir los mensajes de datos, en el sentido de exigir que para que se entienda recibido dicho mensaje, éste debe ser dirigido a un sistema de información normalmente utilizado por el destinatario para recibir esta clase de mensajes.²⁵³ De otra parte, el artículo 2.3.1 del modelo de

²⁵³ El artículo 23 (2) (a) de la Ley canadiense señala: “*a) soit lorsque le document entre dans un système d’information désigné ou utilisé par le destinataire aux fins de recevoir des documents du type qui est envoyé et qu’il peut être récupéré et traité par le destinataire*”. También resulta bastante explícito el comentario que hace el texto de la UETA sobre la sección 15 (b) (1) cuando explica lo siguiente: “*To assure that the recipient retains control of the place of receipt, subsection (b) requires that the system be specified or used by the recipient, and that the system be used or designated for the type of record being sent. Many people have multiple e-mail addresses for different purposes. Subsection (b) assures that recipients can designate the e-mail address or system to be used in a particular transaction*”.

acuerdo contemplado en la Recomendación N° 31 de la CEFACT-ONU, propone una redacción similar del siguiente tenor:

La réception correspond au moment où un message est mis à la disposition de la Partie destinataire à l'adresse électronique **utilisée** par celle-ci. (Las negrillas son nuestras).

También la regla, antes indicada, está presente en algunos de los otros instrumentos jurídicos examinados. Así, el modelo de acuerdo contenido en la Recomendación N° 26 de WP.4 sección 3.1 señala que se entenderá recibido cualquier mensaje transmitido en cumplimiento de dicho acuerdo “*when accesible to the receiving party in the manner designated in the Technical Annex*”, de tal manera que su redacción es similar al supuesto del artículo 15.2 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en el que el destinatario ha designado un sistema de información determinado. Asimismo, la cláusula 3.3 del modelo de Acuerdo de intercambio EDI incluidos en la Recomendación 94/820/CE incluye un criterio semejante al de la Recomendación N° 26.

Igualmente la Directiva 2000/31/CE en el artículo 11 establece que un pedido se entenderá efectuado cuando la parte a la que se la haya dirigido pueda tener acceso al mismo, es decir, que acoge la redacción de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, con las precisiones que señalaremos más adelante. Esta disposición es de cumplimiento obligatorio para aquellos contratos en que los que una de las partes contratantes sea un consumidor. Sin embargo, pareciera que la redacción acogida por la Directiva 2000/31/CE se diferencia de la Ley Modelo, en que no basta que el mensaje de datos haya entrado en el sistema de información del destinatario, sino que hace falta que éste pueda tener acceso a dicho mensaje, y que éste sea inteligible o susceptible de serlo.

Asimismo, la UETA, la ley canadiense y el modelo de acuerdo contenido en la Recomendación N° 26 de WP.4, también se diferencian de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, en el mismo sentido antes señalado, porque exigen que el mensaje de datos debe adoptar una forma que le permita ser procesado por el sistema de información que lo recibe y debe poder ser recuperado por el destinatario. Este requisito es

particularmente importante debido a que el mensaje de datos solamente se entenderá como recibido en la medida de que sea legible o más bien sea susceptible de serlo por parte del destinatario.

De otra parte, la UETA, la Directiva 2000/31/CE y la Ley venezolana difieren de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, y de la Ley canadiense, en que no resuelven el supuesto de un mensaje de datos que es enviado a un sistema de información distinto al designado por el destinatario, sino que dejan que sus efectos sean determinados por la Ley sustantiva que resulte aplicable al contrato. Por el contrario, tanto la Ley Modelo como la Ley canadiense solamente consideran recibido el mensaje de datos, en el supuesto antes señalado, cuando el destinatario del mismo lo recupere.

Así pues, podemos concluir que el mensaje de datos se entenderá recibido cuando el destinatario pueda tener acceso al mismo, en el sistema de información designado por él o normalmente utilizado por el referido destinatario para recibir esa clase de mensajes de datos.²⁵⁴

c) Lugar de emisión y de recepción del mensaje de datos. Con respecto al lugar de emisión y de recepción del mensaje de datos, la Ley Modelo contempla en el artículo 15.4 lo siguiente:

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

- a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

²⁵⁴ *El proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI* en la versión que consta en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100 antes citado, en el artículo 11, variante B, propone que solamente se considere recibido el mensaje de datos cuando éste pueda ser recuperado y tratado por el destinatario.

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Este artículo es acogido con la misma redacción por la Ley canadiense antes señalada en el artículo 23 en los numerales 3 y 4, y por la sección 15 (d) de la UETA. Sin embargo, esta última ley no contempla el supuesto de que alguna de las partes tenga más de un establecimiento. También la LMDF venezolana en el artículo 12 acoge una redacción simplificada de las leyes antes señaladas.²⁵⁵

A pesar de que la Directiva 2000/31/CE no contempla una disposición similar para determinar el lugar de dónde es emitido o recibido el mensaje de datos, ni el lugar en dónde se forma el contrato electrónico, la regla antes enunciada pareciera estar implícita en el contenido de dicha Directiva. En efecto, la Directiva, antes mencionada, se caracteriza por la importancia que le atribuye, dentro del ámbito comunitario coordinado, al Estado miembro de origen en el que se encuentra establecido el prestador de servicios de la sociedad de la información y en consecuencia, a la identificación del establecimiento de éste último. Asimismo dicha Directiva, distingue claramente entre el establecimiento entendido como concepto jurídico y el lugar geográfico en donde se encuentran instalados los medios técnicos y las tecnologías utilizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información.²⁵⁶

De otra parte, la regla antes enunciada también es plenamente compatible con el espíritu de la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, que tal como lo hemos dicho

²⁵⁵ Sin embargo, la Ley venezolana desvirtúa el efecto supletorio de esta norma debido que admite la prueba en contrario de las partes. Así pues, el artículo 12 de la LMDF establece lo siguiente: *"Lugar de Emisión y Recepción. Salvo prueba en contrario, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido en el lugar donde el Emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo"*.

²⁵⁶ Este mismo criterio está recogido en el párrafo 4 del artículo 7 del proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI en la versión que consta en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100, antes citada.

anteriormente, parte del principio de que La ley del país que presenta vínculos más estrechos con el contrato es la del lugar en donde está domiciliada o se encuentra la administración central de la sociedad, de la asociación o de la persona jurídica, dependiendo del caso, que realiza la prestación característica de dicho contrato.²⁵⁷ También la referida Convención toma en cuenta el supuesto en que la parte que realiza la prestación característica la lleva a cabo en un establecimiento distinto del principal, en cuyo caso privará la Ley del país de este último.

2.5.2 Acuse de recibo de las manifestaciones de voluntad de las partes contratantes

La regla relativa al acuse de recibo se deriva también del principio de adaptación de las nuevas tecnologías al Derecho preexistente, y del principio de equivalencia funcional. En efecto, en varias ocasiones hemos afirmado las dificultades que existen para que el mensaje de datos pueda alcanzar las mismas funciones que cumple un documento contenido en un soporte papel. Ahora bien, el acuse de recibo constituye un valioso instrumento probatorio que permite demostrar que una de las partes ha recibido efectivamente un mensaje de datos contenido de una oferta o de una aceptación, con la ventaja de que es la propia parte que ha recibido el mensaje de datos quien le suministra la prueba a la otra parte.²⁵⁸

A pesar de que el acuse de recibo está presente en casi todas las reglas y normas estudiadas, resulta extremadamente difícil enunciar la regla común a todos estos instrumentos. La principal dificultad consiste en determinar el alcance del acuse de recibo en la formación del contrato electrónico. Así pues, para aproximarnos a este tema es preciso señalar las semejanzas y diferencias que existen en torno a esta figura en los instrumentos examinados.

²⁵⁷ Véase el artículo 4.2 de la Convención de Roma.

²⁵⁸ Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo 93.

La principal característica común del acuse de recibo es el carácter voluntario que tiene en los contratos celebrados entre empresarios²⁵⁹ y la libertad de formas para llevarlo a cabo. En efecto, en principio, el acuse de recibo solamente es obligatorio para el caso de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en los contratos electrónicos celebrados mediante dispositivos automáticos, en los que interviene un consumidor, de acuerdo con la Directiva 2000/31/CE.²⁶⁰ También la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* ordena el acuse de recibo, debe poder ser efectuado por medios electrónicos cuando una Ley anterior establezca como requisito un método o procedimiento para acusar el recibo de ciertos documentos.²⁶¹ Igualmente en la citada Directiva es requisito obligatorio que el acuse de recibo sea realizado “*sin demora indebida y por vía electrónica*” en los contratos electrónicos antes referidos.

De tal manera que el acuse de recibo, con las excepciones antes señalada, solamente es exigible cuando el emisor del mensaje de datos lo solicite²⁶² o así haya sido previamente estipulado por las partes en el acuerdo de intercambio EDI o en el acuerdo de comercio electrónico. Sin embargo, los efectos jurídicos que produce la no recepción del acuse de recibo pueden variar de un instrumento a otro.

En efecto, la Ley modelo fija dos supuestos de hecho diferentes, a saber: cuando el emisor o iniciador ha exigido el acuse de recibo para condicionar los efectos jurídicos del mensaje de datos, en cuyo caso el mensaje de datos se entiende que no ha sido enviado, mientras el acuse

²⁵⁹ Véase el artículo 14 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; el artículo 13 de la LMDF venezolana; y el apartado primero de la Directiva 2000/31/CE. También el carácter voluntario del acuse de recibo está contemplado en la cláusula 3.2.1 del modelo de acuerdo de intercambio EDI aprobado en la Recomendación N° 26 del WP.4; en la cláusula 2.3.2 del modelo de acuerdo de comercio electrónico aprobado por medio de la Recomendación 31 de la CEFAC-ONU. Asimismo el carácter voluntario del acuse de recibo está implícito en la sección 15 (f) de la UETA.

²⁶⁰ Véase el primer guión del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, antes citada.

²⁶¹ Véase la sección 101 (C) (2) (B) de la referida Ley.

²⁶² Véase el artículo 14.3 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; y la cláusula 3.2.2 del modelo de acuerdo de intercambio EDI aprobado en la Recomendación N° 26 del WP.4

de recibo no haya sido recibido; o cuando el iniciador habiendo acordado o solicitado la recepción de un acuse de recibo, no ha fijado las consecuencias de no recibirlo. En este último supuesto, el artículo 14.4 de la Ley Modelo establece que el iniciador podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo dentro de un plazo razonable o en el plazo convenido o fijado, dependiendo del caso y fijar un plazo para la recepción del mismo; y si el acuse de recibo no se produce, el iniciador podrá, dando previo aviso al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.²⁶³

Por el contrario, la cláusula 5.4 del modelo de acuerdo europeo incluido en la Recomendación 94/820/CE y la cláusula 3.2.2 del modelo de acuerdo de intercambio EDI aprobado en la Recomendación 26 del WP.4 parten de la presunción de que siempre que se solicite un acuse de recibo, el mensaje de datos no se entenderá enviado hasta tanto no se haya recibido el referido acuse. Una redacción similar a la anterior es acogida en la cláusula 2.3.2 del modelo de acuerdo de comercio electrónico contenido en la Recomendación N° 31 de la CEFAC-ONU. Esta misma presunción ha sido acogida por la LMDF venezolana en su artículo 13.

Sin embargo, el modelo de acuerdo de intercambio EDI europeo exige que antes de que el mensaje de datos quede sin efectos, el iniciador debe enviar un aviso al destinatario comunicándole que se considerará nulo el mensaje de datos, a partir de la expiración del plazo convenido en el acuerdo. De otra parte, el modelo, antes referido, en la cláusula 2.5. define al acuse de recibo como “*el procedimiento mediante el cual, al recibir dicho mensaje, el receptor comprueba su sintaxis y semántica y envía el correspondiente acuse de recibo*”. El alcance de esta definición, que también es similar a la contenida en la Recomendación N° 26 del WP.4, y en la Recomendación N° 31 de la CEFAC-ONU, es mayor del que tiene esta figura en la Ley Modelo sobre

²⁶³ Véase una de las redacciones sugeridas en la cláusula 2.3.2 del modelo de acuerdo de comercio electrónico aprobado mediante la Recomendación 31 de la CEFAC-ONU.

Comercio Electrónico.²⁶⁴ Esto mismo ocurre, con la Directiva 2000/31/CE, que a nuestro entender, también contiene implícitamente el reconocimiento de que el destinatario ha podido tener acceso al mensaje de datos por medio del cual se hace el pedido.

Otra característica común o compatible con todos los instrumentos jurídicos revisados en relación al acuse de recibo, es que su contenido, en principio, no reconoce la inalterabilidad y la fiabilidad del mensaje de datos recibido. Es decir, que aun cuando en algunos instrumentos jurídicos el acuse de recibo implica que el mensaje de datos ha podido ser recuperado y tratado por el sistema de información del destinatario, este reconocimiento no significa que el destinatario se pronuncie acerca de la fiabilidad e inalterabilidad del mensaje de datos recibido.²⁶⁵

De otra parte, otro rasgo común en todas las reglas y normas estudiadas es que el acuse de recibo, tiene un contenido distinto al de la aceptación de una oferta realizada a los efectos de perfeccionar el contrato. Así el profesor Rafael Illescas Ortiz, afirma lo siguiente:

En todo caso –más adelante se insistirá al respecto– no conviene bajo ningún concepto confundir el AR (acuse de recibo) con el MD (mensaje de datos) de aceptación de la oferta recibida. Uno y otro son declaraciones sustancialmente distintas y los efectos jurídicos producidos por su emisión son muy diferentes.²⁶⁶

²⁶⁴ Véase la cláusula 3.1 de la Recomendación N° 26, antes citada; y la cláusula 2.4 de la Recomendación N° 31, antes citada, que contempla la obligación del destinatario de informar cuando el mensaje de datos contenga errores, y por interpretación en contrario, permite deducir que el acuse de recepción debe señalar que el mensaje de datos ha sido recibido adecuadamente para ser procesado y tratado por el sistema de información del destinatario. Por el contrario, en el artículo 14.6. de la Ley Modelo se exige que: “*Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así*”.

²⁶⁵ Véase el artículo 14.5 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; la sección 15 (f) de la UETA; la cláusula 2.3.2 apartado final de la Recomendación N° 31 de la CEFAC-ONU.

²⁶⁶ Rafael Illescas Ortiz, *Ob. Cit.*, p. 245. La información entre paréntesis es nuestra.

Por último, antes de intentar establecer el contenido de la regla común relativa al acuse de recibo, es necesario señalar que la mayoría de las normas y de los instrumentos jurídicos examinados, no se pronuncian acerca del efecto jurídico que tiene el acuse de recibo en la formación del contrato electrónico. Sin embargo, aun cuando la afirmación anterior también es cierta con respecto a la Directiva 2000/31/CE, en el proyecto inicial de dicha Directiva se pretendía exigir el acuse de recibo, como una declaración previa necesaria para la formación del contrato por medio de sistemas automatizados cuando una de las partes fuera un consumidor.²⁶⁷

Asimismo, el proyecto de Ley francesa “*sur la société de l’information*” contempla el acuse de recibo como un paso obligatorio, previo a la formación del contrato por sistemas automatizados en los que interviene un consumidor.²⁶⁸ Por el contrario la Ley española 34/2002, desvincula la figura del acuse de recibo de la formación del contrato electrónico, calificándolo como una información posterior a la celebración del contrato. Esta diferencia de criterios plantea no pocos problemas dentro del ámbito de la formación de contratos electrónicos internacionales en los que interviene un consumidor.

Así pues, después de haber revisado todos los rasgos comunes del acuse de recibo en los instrumentos arriba mencionados, pensamos que actualmente apenas existe un comienzo de regla, cuyo contenido debe ser precisado, pero que por lo menos debe contener las siguientes características:

El acuse de recibo es una declaración del destinatario de un mensaje de datos dirigida al emisor de dicho mensaje con la finalidad de reconocer la recepción del mismo, la cual puede ser realizada por cualquier método que resulte apropiado, salvo las excepciones legales, y que solamente es de cumplimiento

²⁶⁷ Véase a Marie Demoulin, *La passation d’une commande sur les réseaux, Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique* Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 200, N° 449.

²⁶⁸ Véase el artículo 23 del citado proyecto que propone la inclusión del artículo 1369-4 en el Código Civil francés.

to obligatorio, en caso de que así lo haya sido exigido el emisor del mensaje de datos, un convenio previo o una ley.

Asimismo, consideramos que dentro del contenido del acuse de recibo está implícito el reconocimiento de que el mensaje de datos ha podido ser recuperado y tratado en el sistema de información del destinatario. En efecto, aun cuando la Ley Modelo no contempla esto último sino como una posibilidad, esta exigencia está presente en los demás instrumentos jurídicos examinados.

2.5.3 Identificación de las partes contratantes

En el capítulo anterior hemos tratado extensamente las dificultades que existen para localizar a las partes contratantes en un contrato electrónico. Ahora bien, gracias al principio de inalteración del Derecho preexistente, al principio de buena fe, y al principio de lealtad del Comercio internacional²⁶⁹ se debería poder exigir que las partes contratantes se identifiquen y que revelen ciertas informaciones que son indispensables para localizarlas.

En este sentido, la Directiva 2000/31/CE exige que los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en la CE permitan que los usuarios y las autoridades competentes puedan tener acceso fácil y permanente a informaciones tales como: el nombre del prestador de servicios; la dirección geográfica de su establecimiento; señas para comunicarse rápidamente con el prestador de servicios; datos de inscripción en el registro mercantil o en otro registro público, si fuere el caso. La norma anterior es de carácter imperativa para los contratos electrónicos celebrados entre empresarios, o por medio de correos electrónicos u otras comunicaciones individuales, contrariamente a lo que ocurre con otras disposiciones de la citada Directiva.

Asimismo, la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comer-

²⁶⁹ Véase *supra* nota 145.

cio electrónico considera que *“las empresas que realicen transacciones con los consumidores por medio del comercio electrónico deben proporcionar de manera precisa, clara y fácilmente accesible, información suficiente sobre ellas mismas”*²⁷⁰ que permita entre otros aspectos, identificar a la empresa, ubicar el domicilio legal de la referida empresa y de sus directivos y comunicarse con ella.

Igualmente el Proyecto de Convención que prepara la CNUDMI para regular la contratación electrónica tiene una disposición similar que establece lo siguiente:

Las partes que utilicen mensajes de datos para anunciar u ofrecer bienes o servicios facilitarán la siguiente información (en el mensaje de datos o mediante la referencia apropiada):

- a) Su nombre y, en el caso de personas jurídicas, su denominación social y lugar de registro;
- b) La ubicación geográfica y la dirección en la que la parte tiene su establecimiento;
- c) Las señas de contacto, incluida su dirección de correo electrónico.²⁷¹

Adicionalmente, el citado artículo dispone que dichas informaciones deben ser fácilmente accesibles, para que las partes que utilicen ese sistema de información puedan consultarlas en forma permanente.

Aun cuando fuera del ámbito comunitario ninguno de las normas positivas examinadas contiene una disposición similar, consideramos que la regla enunciada está en proceso de consolidarse, pues de lo contrario sería prácticamente imposible determinar el momento y lugar de formación de los contratos electrónicos, de acuerdo con las reglas antes señaladas.

²⁷⁰ Véase el anexo de la referida Recomendación, segunda parte, III.A.

²⁷¹ Véase el artículo 15.1 del proyecto que consta en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.100, del 24 de febrero de 2003, antes citado.

3. PRINCIPIOS INCIPIENTES

Además de los principios y reglas señalados anteriormente, todavía quedan muchos aspectos de la formación del contrato electrónico que requieren de nuevos principios y de reglas que aporten soluciones uniformes. Entre ellos se encuentra uno de los problemas más controvertidos en la contratación electrónica, que aunque más bien está relacionado con el tema de la competencia judicial, no podemos dejar de tratarlo, pues como veremos, también está indisociablemente ligado a la problemática de la Ley aplicable a la formación del contrato electrónico. Así pues, uno de los temas más debatidos en esta materia es el relativo a la dificultad de limitar la competencia judicial de los Estados y a la preocupación de que cada sistema aplique sus propias reglas de conflicto de leyes, sin ningún tipo de coordinación,²⁷² cuando se trate de disputas surgidas a raíz de contratos celebrados en la red, especialmente en aquellos contratos en los que interviene un consumidor, tal como lo hemos señalado en el primer capítulo.²⁷³

El debate en torno a este tema gira sobre dos posiciones antagónicas a saber: el argumento de los operadores internacionales o de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, tal como se los denomina en la Directiva 2000/31/CE, que exigen la competencia judicial del país de origen de la fuente de transmisión electrónica;²⁷⁴ y el argumento de los consumidores, que reclaman la competencia judicial del país de destino de la información, del bien o del servicio recibido o prestado, según el caso.²⁷⁵ Adicionalmente, el anterior debate cobra mayor fuerza por la dificultad de hacer efectivas las sentencias dictadas por un tribunal del país de destino y el alcance de las mismas.²⁷⁶

²⁷² Documento preliminar N° 17 de la Conferencia de La Haya del 17 de febrero de 2002, preparado por Avril D. Haines para el Comité permanente, *Ob. Cit.*, p. 9.

²⁷³ Véase *supra* N° 2.3 del capítulo I.

²⁷⁴ Véase también el documento de la CCI denominado *La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique*, antes citado.

²⁷⁵ Véase el documento preliminar N° 17 de la Conferencia de La Haya, antes citado, p. 7.

²⁷⁶ Véase *supra* N° 2.3 del capítulo I.

Aun cuando la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE ha recogido parcialmente la preocupación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información estableciendo el principio del país de origen para todo lo relativo a la reglamentación de dichos prestadores,²⁷⁷ el alcance de estos controles continúa debatiéndose en el seno comunitario.²⁷⁸ De otra parte, el Reglamento 44/2000/CE reconoce la competencia judicial del país de destino de los bienes y de las mercancías, tanto en las relaciones contractuales entre empresarios, como entre empresarios y consumidores.²⁷⁹ De tal manera que la Unión Europea establece un régimen mixto que procura armonizar ambas posiciones dentro del mercado interior. Desgraciadamente, tal como lo expresa Avril Haines, no existe a escala mundial otro mecanismo comparable al adoptado por la Unión Europea.²⁸⁰

No obstante lo anterior, en el marco internacional se está comenzando a debatir sobre algunos principios o reglas que pudiesen remediar parcialmente la compleja situación que produce la contratación electrónica en lo relativo a la Ley del foro y a la Ley aplicable al contrato. Tal es el caso del texto provisional de 2001 de la convención sobre competencia judicial de la Conferencia de La Haya que propone incluir una disposición que permita al operador internacional no ser demandado en el país de destino, cuando tome medidas razonables para evitar la competencia judicial de los tribunales de dichos Estados.²⁸¹ Sin embargo, esta regla no ha tenido una gran acogida en el seno de la Conferencia de La Haya.

²⁷⁷ De acuerdo, con Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N°279, en el seno comunitario el problema no estriba en la diferencia que existe entre las legislaciones del país de origen y la del de destino, sino en el obstáculo que se produce cuando diferentes leyes nacionales pueden ser aplicadas a un mismo caso.

²⁷⁸ Nota 37 del documento preliminar N° 17 de la Conferencia de La Haya antes citado. Asimismo, véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, N° 166.

²⁷⁹ Véase *supra* N° 4 del primer capítulo. Sin embargo, durante la elaboración del Reglamento 44/2000/CE, la Comisión Jurídica del Parlamento europeo propuso aprobar un artículo en el que se permitía a los consumidores renunciar a la jurisdicción de los tribunales de su país, siempre que se reunieran ciertas condiciones, entre las cuales estaba que el empresario aceptase someter cualquier disputa a un sistema extrajudicial de resolución de litigios. Sobre esto último véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 610.

²⁸⁰ Documento Preliminar N° 17 de la Conferencia de La Haya, antes citado, p. 15.

²⁸¹ Véase el artículo 6, opción A, variante 2, el artículo 7, párrafo tercero, y el artículo 10, párrafo tercero de la versión revisada en junio de 2001, <http://www.hech.net>

A nuestro modo de ver, esta regla está inspirada en la jurisprudencia norteamericana y canadiense, que ha utilizado algunos criterios para determinar la competencia judicial personal, tales como la actitud activa o pasiva de la oferta realizada por medio de la red; o como del análisis de los efectos que producen las actividades realizadas en el sitio *Web*, en el Estado en el cual se introduce la demanda judicial. Los criterios antes señalados, permiten determinar cuándo la oferta está dirigida a un público situado en un determinado ámbito geográfico, o bien cuando está destinada a cualquier público, sin importar la ubicación geográfica.

Así pues, la idea subyacente de esta regla, es partir del principio de que la ubicuidad de la información en la red, no basta para atraer un litigio a la jurisdicción del país de destino, sino que hace falta que la información esté efectivamente dirigida a este país o que el prestador de servicios de la sociedad de la información no haya tomado las medidas necesarias para delimitar el ámbito geográfico al que están destinados sus negocios. La afirmación anterior pareciera ser compatible con el artículo 5.2 de la Convención de Roma y con el artículo 15.1.c del Reglamento 44/2001/CE que toman en consideración el carácter pasivo o activo del consumidor. Sin embargo, existe una fuerte corriente doctrinal en la CE que exige la ampliación del ámbito de aplicación del artículo antes citado de la Convención de Roma, y por tanto la eliminación del criterio del comportamiento activo o pasivo del consumidor, para extenderlo a todos los casos en los que estén involucrados los consumidores.²⁸²

Ahora bien, además de que todavía no existe uniformidad de criterios para establecer cuándo las actividades de un operador están dirigidas

²⁸² Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 302. También en la mesa redonda de Ginebra organizada por la Universidad de Ginebra y la Conferencia de La Haya se propuso que se eligiera el *forum actoris*, siempre que el demandante fuese un consumidor e independientemente de que pudiese ser considerado como un consumidor activo o pasivo. Véase sobre lo anterior, el *documento preliminar N° 7*, de Abril de 2000, redactado por Catherine Kessedjian, de la Conferencia de La Haya, <http://www.hcch.net> - p. 22.

hacia un determinado Estado;²⁸³ también continúan dictándose sentencias en diversos países de la comunidad internacional, que reclaman la competencia judicial en ciertos casos, en los que sería claro, de acuerdo con los criterios más aceptados, que la oferta no estaba dirigida al Estado que se atribuye la competencia.²⁸⁴

Adicionalmente, existen otros principios incipientes que pretenden atenuar la problemática de la competencia judicial y por ende de Ley aplicable, en los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor. Tal es el caso del principio de autorregulación y el de resolución extrajudicial de conflictos. Ambos principios están íntimamente ligados entre sí, y se complementan. Por un lado, la autorregulación permite la adopción de reglas que *“serviront à réduire les conflits potentiels auxquels sont confrontés les utilisateurs d’Internet dans divers ressorts, et, par suite, à réduire les préoccupations des utilisateurs à l’égard du risque d’être traînés devant des tribunaux appliquant des lois*

²⁸³ Véase a Michael Geist, *Ob. Cit.*. Véase la sentencia United States District Court District of Connecticut, 17 de abril de 1996, *Inset Sys., Inc. vs Instruction Set, Inc.*, <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fischer/domain/dncases/inset.htm> - última visita el 9 de enero de 2003, en que el tribunal se declara competente para conocer de la causa solamente porque la página *Web* del demandado era accesible en el Estado de la demandante. Véase, la United States District Court Southern District of New York, 9 de septiembre de 1996, *Bensusan Restaurant corporation vs Richard B. King*, y *The Blue Note*, en *The Computer Law Ressource*, <http://www.complaw.com/lawlibrary/bluenote.html> en que el tribunal declinó la competencia por considerar que las actividades del demandado no estaban dirigidas al Estado de Nueva York, señalando lo siguiente: *“The mere fact that a person can gain information on the allegedly infringing product is not the equivalent of a person advertising, promoting, selling or otherwise making an effort to target its product in New York”*. Véase el caso *Zippo Manufacturing Co. vs Zippo Dot Com* 952 F. Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997) <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fischer/domain/dncases/zippo.htm> en el que el tribunal establece una reglas según las cuales la atribución de competencia depende de si las actividades comerciales ejercidas en Internet por el demandado pueden ser consideradas como activas o pasivas con respecto al Estado en donde se pretenda ventilar la causa. Así pues, cuando el sitio *Web* permite la teledescarga de programas o de documentos informáticos, se presume que la actitud del operador es activa; cuando de la página *Web* solamente suministra información, se presume que la actitud es pasiva y cuando se trata de una página interactiva también se presume que la actitud es activa, aunque en un grado menor al que produce la teledescarga de programas informáticos.

²⁸⁴ Tal es el caso en Francia con el caso *Licra vs yahoo.com* y *yahoo.fr*, antes citado; en Alemania; en Italia, en China y en Australia, tal como lo destaca Avril Haines en el *documento preliminar N° 17* de la Conferencia de La Haya, antes citado, pp. 22 y 23.

peu familières".²⁸⁵ De otra parte, la autorregulación favorece la solución extrajudicial de conflictos mediante el arbitraje u otras fórmulas alternativas (ADR), pues se trata de aplicar principios y reglas comunes surgidos de la autorregulación, y por tanto de que éstos sean reafirmados e interpretados mediante los referidos métodos de resolución de conflictos, tal como tradicionalmente lo ha hecho el arbitraje en el ámbito del comercio internacional.

Los principios antes señalados han sido reconocidos por algunas organizaciones internacionales y por la mayoría de las asociaciones empresariales internacionales, pero los mismos no pueden considerarse como unos principios consolidados, en vista de que su alcance está fuertemente limitado por las normas imperativas de los Estados, principalmente en materia de consumo, cuyos efectos, paradójicamente, se pretende atenuar. Además, tal como veremos más adelante, los Estados y las organizaciones internacionales intergubernamentales se han limitado a favorecer los ADR y la autorregulación mediante la redacción de códigos de conducta, cuyo objeto, según Filali Osman "*tend en effet à la formulation de comportement souhaitables, ce qui signifie qu'ils n'ont pas en principe de caractère contraignant*".²⁸⁶

Así, dentro de la Conferencia de La Haya se ha discutido en numerosas ocasiones la importancia de los ADR, tal como sucedió en la reunión de Ottawa, en la que se decidió que el proyecto de Convención sobre competencia judicial no debía obstaculizar la utilización de estos mecanismos, y que las reglas de jurisdicción solamente debían ser empleadas como un último recurso.²⁸⁷

Asimismo, durante la mesa redonda celebrada en Ginebra, se debatió una propuesta de Catherine Kessedjian en torno a la implementación de

²⁸⁵ *Documento preliminar N° 17* de la Conferencia de La Haya, antes citado, p. 18.

²⁸⁶ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 283. Sin embargo, en la misma obra antes citada, p. 289, el autor demuestra cómo los códigos de conducta que expresan un consenso en torno a unos principios fundamentales, son, en principio, de cumplimiento obligatorio.

²⁸⁷ *Documento Preliminar N° 12*, de la Conferencia de La Haya, antes citado, pp. 7 y 8, en <http://www.hcch.net>

estos dos principios, que se llevaría a cabo mediante la creación de un sistema de certificación de sitios en Internet, que establecería las reglas mínimas de protección al consumidor, y comprendería un sistema de resolución de conflictos equitativo, sin costo adicional para el consumidor. De forma que en los contratos electrónicos celebrados entre un consumidor y un operador comercial que con anterioridad hubiese obtenido un *label* de certificación en el sitio de Internet desde donde se hubiese enviado la oferta o la aceptación, según el caso, se permitiría acordar la elección de la Ley del país de origen y la competencia judicial de sus tribunales, para que dirimieran aquellos casos residuales que no hubiesen podido ser resueltos mediante los ADR comprendidos en el sistema de certificación.²⁸⁸

De su parte, la CCI también propone la autorregulación y los ADR como una de las medidas a tomar para resolver las cuestiones relativas a la competencia y a la Ley aplicable de la siguiente manera:

La communication en ligne est particulièrement favorable à l'autonomisation des consommateurs. Nous pensons qu'une concurrence accrue engendrera une émulation mondiale parmi les entreprises qui développeront leurs marques en ligne, en vue de gagner la confiance des consommateurs.....En même temps, le secteur privé devrait se voir accorder le temps nécessaire pour évaluer le marché et développer des initiatives autodisciplinaires, y compris des mécanismes de règlement des différends, afin de résoudre ces problèmes.²⁸⁹

También, el documento *A Global Action Plan for Electronic Business* preparado por un importante número de asociaciones empresariales señala lo siguiente:

Within a freely functioning global marketplace, increasingly sophisticated user-friendly tools and business practices for em-

²⁸⁸ *Communiqué de Presse, Table Ronde de Genève sur le commerce électronique et le Droit international privé*, antes citado, página 5.

²⁸⁹ Véase CCI, *La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique*, *Ob. Cit.*, p. 11

powerment of consumers have been and continue to be developed and implemented. Retail websites offering wide ranges of consumer choice and providing individualization of the consumer experience are succeeding in gaining customer support.

By its very nature, online business-to-consumer (B2C) commerce is exponentially more cross-border in nature, thus potentially subjecting merchant and consumer to problems of jurisdiction and applicable law whenever a dispute arises. Effective dispute resolution is an essential element of consumer trust. The private sector is developing and implementing effective self-regulatory mechanisms and governments are contemplating legislative steps to reduce the risk of conflict. Governments, business and consumers alike agree that effective alternative dispute resolution is an efficient and cost-effective means of resolving consumer disputes.²⁹⁰

Igualmente, los principios señalados anteriormente, han recibido el apoyo de la OCDE en el sexto principio general de la Recomendación relativa a los lineamientos para la protección al consumidor. Asimismo, la CE en la Directiva 2000/31 ha previsto la elaboración de Códigos de conducta para regular, entre otras materias, la contratación electrónica en el mercado interior comunitario; y la utilización de ADR como un medio para solucionar los litigios derivados del comercio electrónico. Además la citada Directiva impulsa de manera importante la recolección de prácticas, usos y costumbres relacionados con el comercio electrónico, tal como se desprende de los artículos 16.1.d, 17.3 y 19.5.

Sin embargo, hasta el presente, la práctica no se ha revelado tan alentadora sobre la implementación de estos principios, como pareciera desprenderse del impulso recibido por parte de la CE, de la OCDE, de la Conferencia de La Haya y de las asociaciones de empresarios. En efec-

²⁹⁰ AAVV, *A Global Plan for Electronic Business, prepared by Business with Recommendations for Governments*, 3ª edición, Julio 2002, en <http://www.iccwbo.org> - El citado documento es suscrito por más de 150 asociaciones empresariales del mundo entero.

to, en un estudio realizado por AENOR, AEDED, REICAZ y FCR sobre los sistemas de autorregulación, de sellos y de marcas en Internet, instaurados en distintos puntos geográficos, revelan que en la práctica solamente un reducido grupo

ha extendido su área de aplicación fuera de las fronteras de un mercado nacional. ...Salvo las tres excepciones indicadas, las marcas de calidad en Internet encuentran barreras difícilmente franqueables para extender su influencia y campo de certificación a otros países, incluso a aquellos que a priori podrían ser considerados como receptivos de proyectos.²⁹¹

Asimismo, en el campo de la solución extrajudicial de conflictos un estudio realizado sobre ECODIR, un proyecto para implementar una plataforma de ADR financiado entre otras organizaciones por la CE, y del cual forma parte el Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) de las Facultades universitarias de Namur en Bélgica,²⁹² resalta la dificultad de implementar el arbitraje en los contratos electrónicos en los que intervenga un consumidor, debido a la cantidad de normas imperativas que existen en esta materia.²⁹³ También este estudio explica la dificultad de determinar el ámbito de aplicación de las Recomendaciones de la CE relativas a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en los litigios de consumo, y especialmente, como la Recomendación N° 98/257/CE relativa a *los principios aplicables a los órganos extrajudiciales encargados de la resolución consensual de los litigios de consumo*, puede resultar poco adecuada para implementar el mecanismo de mediación en los contratos electrónicos.²⁹⁴

²⁹¹ Miguel Ángel Martínez Torrejón (coordinador científico), *Libro Blanco sobre los Sistemas de Autorregulación, los Sellos y las Marcas de Confianza en Mercados Digitales y Códigos de Buenas Prácticas para el Comercio electrónico*, AENOR, AEDED, REICAZ, FCR, 2002, pp. 76 y 77.

²⁹² Alexandre Cruquenaire, et Fabrice de Patoul, *Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation: Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR*, *Lex Electronica*, vol 8, N°1, automne 2002, <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>

²⁹³ *Ob. Cit.*, p. 4.

²⁹⁴ *Ob. Cit.*, p. 9.

4. NATURALEZA DE LOS PRINCIPIOS CONSOLIDADOS E INCIPIENTES Y DE LAS REGLAS DERIVADAS DE LOS MISMOS

La mayor parte de los principios consolidados que hemos estudiado y de las reglas derivadas de ellos, están destinados a permitir una adaptación de los contratos celebrados por medios electrónicos al Derecho preexistente. Sin embargo, este proceso de adaptación involucra ciertas modificaciones del Derecho contractual, en la medida de que el medio electrónico es más poderoso que los medios de comunicación tradicionalmente utilizados, creando así nuevos supuestos de hecho que no eran imaginables antes de la era electrónica. Adicionalmente, para lograr la equivalencia funcional entre unos medios de comunicación tan disímiles como el soporte papel y el soporte electrónico, se requiere también realizar ciertos ajustes al Derecho contractual preexistente.

Por el contrario, los principios incipientes relativos a la superación del conflicto de intereses que existe entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los consumidores, con respecto a la competencia judicial y a la Ley aplicable al contrato electrónico, son de naturaleza innovadora, especialmente en el ámbito del Derecho del consumo. No obstante, debido a la naturaleza de las materias involucradas, los referidos principios no podrán consolidarse, a menos que la implementación de los mismos reciba el apoyo directo o indirecto de los Estados.

De otra parte, todos los principios y reglas antes mencionadas no son suficientes para regular por sí solos el contrato electrónico internacional, pues tal como lo hemos señalado anteriormente, solamente algunos de ellos involucran aspectos relativos a la sustancia del Derecho contractual preexistente. Por lo tanto, dichos principios y reglas no tienen sentido, o en todo caso, la uniformidad no se alcanzaría en una forma acabada, a menos que se haga uso del conjunto de principios, reglas y costumbres que integran la *lex mercatoria*. Nuevamente, aquí tropezamos con un obstáculo, por los problemas que involucra aplicar la *lex mercatoria*, a los contratos electrónicos en los que intervenga un consumidor y por la dificultad de distinguir cuándo estamos en presencia de un consumidor o de una pequeña empresa, en un contrato celebrado en la red.

No obstante lo anterior, de consolidarse el principio de la autorregulación y autodisciplina de los contratos celebrados en Internet o cualquier otro tipo de red, sería prácticamente imposible hacer uso de dichos principios con respecto a los aspectos del contrato electrónico que involucren una adaptación del elemento electrónico al Derecho preexistente, y aplicar el sistema conflictual tradicional para los otros aspectos que tengan que ver con la sustancia del contrato. Es por ello que nuevamente aquí observamos que es indispensable contar con el apoyo de los Estados para lograr unas soluciones uniformes en los contratos electrónicos en los que una de las partes sea un consumidor.

Capítulo III

La contribución de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías a la unificación del contrato electrónico

La CVIM aprobada el 11 de abril de 1980, fue elaborada gracias a los trabajos de la CNUDMI iniciados en 1968 con el objetivo de eliminar los obstáculos jurídicos que impedían el desarrollo del Comercio internacional,²⁹⁵ mediante la recopilación de reglas materiales uniformes, tomando como punto de partida la experiencia acumulada en los textos de las Leyes Uniformes de La Haya de 1964 sobre el contrato de compraventa internacional y sobre la formación del contrato de compraventa internacional.²⁹⁶ Esta Convención codifica, según Michael Joaquim Bonell, un

²⁹⁵ Véase el preámbulo de la citada Convención.

²⁹⁶ Tomás Vázquez Lépinette, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una Visión Jurisprudencial*. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 33.

réseau dense de règles et de pratiques coutumières lato sensu qui prétendent s'appliquer aux transactions intervenant dans les diverses branches du commerce et à propos desquelles certains parlent de façon emphatique d'une sorte de *lex mercatoria* moderne.²⁹⁷

Aun cuando el texto de la CVIM no toma en consideración la celebración de los contratos por medios electrónicos, pues en la época de su aprobación el medio electrónico no tenía la relevancia que ha adquirido en estos últimos tiempos, es un “*marco aceptable*” para regular los contratos en línea de compraventa de mercancías,²⁹⁸ con las precisiones que haremos más adelante, pues en general todas las disposiciones de orden sustantivo son adaptables a ese medio.²⁹⁹ Sin embargo, en este capítulo más que adentrarnos en un análisis pormenorizado de las normas de la CVIM, nos dedicaremos a estudiar, si es posible utilizar los criterios unificadores de dicha Convención para obtener reglas materiales uniformes en la formación del contrato electrónico.

Adicionalmente, nos detendremos a examinar algunas normas de la primera parte de la CVIM relativa a las disposiciones generales y al ámbito de aplicación de dicha Convención, para determinar si éstas pueden adaptarse a las necesidades del contrato electrónico; o más bien, establecer mediante el análisis de dichas disposiciones, cuáles son los aspectos que deben ser considerados a fin de regular la formación del contrato electrónico. También en nuestro estudio examinaremos algu-

²⁹⁷ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 265.

²⁹⁸ CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería*, A/CN.9/WG.IV/WP.91, 9 de febrero de 2001, párrafo 1, en línea <http://www.uncitral.org>

²⁹⁹ Véase *supra* el N° 4.1 del primer capítulo. Véase el documento citado en la nota anterior, párrafo 39 y ss. Una de las pequeñas diferencias que existe entre la CVIM y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico consiste en el momento de la formación del contrato electrónico, cuando el mensaje de datos es enviado a un sistema de información distinto al indicado por el destinatario. En efecto, en este último supuesto, excepcionalmente la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico acoge la teoría del conocimiento y no la regla general de la teoría de la recepción. Sobre esto último véase a Vincent Gautrais, *Ob. Cit.*, pp. 134 y 135. Sin embargo, tal como lo señalamos en el capítulo anterior, en el N° 2.5.1.b, la regla antes señalada de la Ley Modelo no es unánimemente seguida por todos los instrumentos jurídicos examinados.

nas de las soluciones propuestas en el proyecto de Convención sobre contratación electrónica en el que actualmente trabaja la CNUDMI.³⁰⁰

1. IMPORTANCIA DE LOS CRITERIOS UNIFICADORES DE LA CVIM EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

La CVIM ha contribuido de forma importante a la unificación del Derecho comercial internacional. Esta contribución, no solamente se deriva de la enorme aceptación que ha tenido en la comunidad internacional,³⁰¹ y porque regula uno de los contratos más frecuentemente utilizados dentro de ese ámbito, sino también debido a que reúne una serie de condiciones adicionales que la convierten en un ejemplo paradigmático, como mecanismo unificador del Comercio internacional.

En efecto, la CVIM tiene la flexibilidad que caracteriza a las distintas categorías que integran la *lex mercatoria*. Esta flexibilidad, no sólo se desprende del carácter dispositivo de sus normas y de que éstas recogen, básicamente, prácticas y usos mercantiles internacionales,³⁰² sino también de que dicho texto convencional, se nutre permanentemente de los usos internacionales que van emergiendo en ese ámbito, gracias al artículo 9.2 de la Convención.³⁰³ De tal manera que los usos y prácticas internacionales cumplen una función tan relevante dentro de la CVIM, que incluso éstos pueden llegar a privar sobre las disposiciones escritas de la misma.³⁰⁴

³⁰⁰ Véase *supra* nota 189.

³⁰¹ El texto de la Convención ha sido ratificado por 58 Estados, según información obtenida en Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González (Directores) *Textos legales de Derecho Internacional Privado Español*, Editorial Comares, Granada, 2001, N° 57, nota 2.

³⁰² Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 264.

³⁰³ El artículo 9.2 de la CVIM señala lo siguiente: “*Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*”.

³⁰⁴ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 265. Véase también a Tomás Vázquez Lépinette, en la obra antes citada, pp. 36 a 38, en donde el autor afirma que los redactores de la CVIM aprovecharon el ejemplo de la exitosa experiencia del *Uniform Commercial Code* norteamericano para dotar de una flexibilidad similar al texto de la Convención.

De otra parte, uno de los aspectos que le ha permitido a la CVIM desempeñar un papel protagónico en la unificación del Derecho comercial internacional es que, pese a la flexibilidad de su contenido, su estructura formal es la de una Convención internacional y como tal, cuenta con el apoyo de los Estados contratantes que la aprobaron y que la ratificaron. Este apoyo por parte de los Estados contratantes que reciben a la *lex mercatoria* mediante la aprobación de un texto internacional que institucionaliza “*sus desarrollos, y sirve, además, para fijar sus contenidos y propiciar una mayor aplicación prospectiva por la propia sociedad de comerciante...*”³⁰⁵ es un paso importante en el reconocimiento del Derecho anacional por parte de los referidos Estados.³⁰⁶

Esta última característica ha sido fundamental para integrar los usos y costumbres internacionales en materia de contratos de compraventa internacionales de mercaderías, dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes,³⁰⁷ particularmente en aquellos Estados cuyos sistemas de Derecho internacional privado son reacios a permitir la aplicación de la *lex mercatoria* como Ley aplicable al contrato. A título de ejemplo señalamos el caso de la CE, pues aunque la recepción de los usos y costumbres internacionales varía de un Estado miembro a otro, uno de los temas más debatidos dentro del marco comunitario ha sido el alcance de la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

En efecto, el texto de la citada Convención acoge el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para elegir la Ley aplicable al contrato.³⁰⁸ Sin embargo, de acuerdo con una interpretación restrictiva de su texto no está permitido que las partes designen una Ley distinta a la de un determinado ordenamiento jurídico. A pesar

³⁰⁵ José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, Segunda edición, 2001, p. 75.

³⁰⁶ El Derecho anacional es utilizado como un sinónimo de la *lex mercatoria*. Véase a Carmen Parra, *Ob. Cit.*, p. 256.

³⁰⁷ Filali Osman, *Ob. Cit.*, p. 264.

³⁰⁸ Véase el artículo 3.1 de la referida Convención.

de que esta interpretación restrictiva ha sido duramente criticada por una parte importante de la doctrina especializada, debido, entre otras razones, a que el propio Convenio de Bruselas de 1968, del cual la Convención de Roma es la prolongación, admite los usos del Comercio internacional para determinar la validez formal del acuerdo atributivo de competencia judicial,³⁰⁹ el criterio que ha prevalecido es que un contrato no puede estar regulado únicamente por la *lex mercatoria*.³¹⁰

Es por ello que la CVIM, cuyo texto ha sido ratificado por la mayoría de los Estados miembros de la CE, con excepción de la Gran Bretaña y de Portugal, contribuye a la aplicación de reglas de Derecho material. Por el contrario, la Convención de Roma de 1980, busca armonizar las normas de conflicto de los Estados miembros, basándose por tanto, en los métodos tradicionales de Derecho internacional privado.

Adicionalmente, el carácter flexible y “*evolutivo*”³¹¹ del texto de la CVIM antes señalado favorece que las partes contratantes lo designen como Ley aplicable al contrato, en su carácter de *lex mercatoria*, cuando el sistema de Derecho internacional privado del foro lo permita³¹² o cuando las partes hayan acordado que las controversias que surjan entre ellas sean sometidas a un arbitraje u otro método alternativo de resolución de conflictos. Tal es el caso de Venezuela, cuya Ley de Derecho Internacional Privado publicada en la Gaceta Oficial N° 305.529 del 6 de agosto de 1998 permite que las partes designen el Derecho aplicable al contrato. El texto legal antes citado, emplea el término Derecho aplicable, a fin de

³⁰⁹ Véase a Friedrich Juenger, y a Sixto Sánchez Lorenzo, *Conflictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho Internacional Privado*, Revista española de Derecho internacional, Vol. LII, I. 2000, p. 32. La norma del Convenio de Bruselas, arriba citada, ha permanecido sin modificaciones en el Reglamento N° 44/2001/CE.

³¹⁰ Véase a Carmen Parra Rodríguez, *Ob. Cit.*, pp. 263 y 264.

³¹¹ Término que utiliza el autor Tomás Vázquez Lépinette, en la *Ob. Cit.*, p. 37, para definir el *Uniform Commercial Code*, pero que también es aplicable a la CVIM.

³¹² Véase a Tomás Vázquez Lépinette, *Ob. Cit.*, p. 91, quien aclara que esta elección puede estar limitada, cuando se trate de contratos que versen sobre materias excluidas de la aplicación de la CVIM, por las normas imperativas del Derecho interno regulador del contrato.

incluir dentro de esta categoría a otros instrumentos jurídicos que no reúnan los requisitos de una Ley desde el punto de vista formal.³¹³

Asimismo, la CVIM en la medida que reúne los usos y prácticas internacionales en materia de compraventa de mercaderías, también puede ser invocada por los árbitros y jueces para interpretar la voluntad de las partes contratantes, completar lagunas legales e incluso como Ley del contrato, aun en aquellos casos en los que la Convención no resulte aplicable, de acuerdo con los criterios geográficos establecidos en el artículo 1 de dicho texto.³¹⁴

Otro aspecto determinante en la labor unificadora de la CVIM, ha sido el artículo 7.1 de la referida Convención, que propicia la aplicación e interpretación uniforme de su texto, atendiendo a su origen internacional.³¹⁵ La disposición antes mencionada ha permitido que se produzcan sentencias sobre materias relativas a la CVIM que toman en consideración decisiones judiciales, dictadas por tribunales pertenecientes a otros

³¹³ Véase el artículo 29 de la Ley antes citada. Asimismo, el artículo 31 de la referida Ley ordena aplicar, cuando se corresponda y a falta de elección válida de las partes contratantes, las normas, costumbres y principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación. Ambas normas están inspiradas en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994. Véase sobre esto último a José Enrique BRICEÑO BERRÚ, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994 en perspectiva comparada con la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, *Diritto Commerciale Internazionale*, p. 1009.

³¹⁴ En contra, Luis Fernández de la Gándara y Alfonso-Luis Calvo Caravaca, *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, en *Contratos Internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 176. En este supuesto es necesario que el sistema de Derecho internacional del foro permita la aplicación de la *lex mercatoria*, cuando ésta sea invocada por un tribunal. Véase en UNILEX el caso N° 8502 de la Corte Internacional de Arbitraje de París de noviembre de 1996, en línea <http://www.unilex.info>, en el que el árbitro decide a falta de designación de las partes de la Ley aplicable al contrato, lo siguiente: “*For the foregoing reasons, the Arbitral Tribunal finds that it shall decide the present case by applying to the Contract entered into between the Parties trade usages and generally accepted principles of international trade. In particular, the Arbitral Tribunal shall refer, when required by the circumstances, to the provisions of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Sales Convention) or to the Principles of International Commercial Contracts enacted by Unidroit, as evidencing practices under international trade law*”.

³¹⁵ Una Disposición similar a la del artículo 7.1 de la CVIM ha sido incluida en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y en la Ley Modelo para las Firmas Electrónicas de la CNUDMI.

Estados contratantes de dicha Convención.³¹⁶ De tal manera, que está surgiendo una interpretación uniforme del texto de la CVIM, gracias a la labor de los jueces y árbitros, tal como se desprende del siguiente resumen de una sentencia italiana:

aunque los precedentes de la jurisprudencia de los tribunales internacionales no se pueden considerar jurídicamente vinculantes, en opinión del tribunal los jueces y árbitros los deben tener en cuenta a fin de promover la uniformidad en la interpretación y aplicación de la CIM (artículo 7.1).³¹⁷

Aun cuando todavía es prematuro establecer hasta qué punto la interpretación uniforme del texto de la CVIM contribuirá a unificar el Derecho comercial internacional, es preciso señalar que la CNUDMI ha colaborado para facilitar la labor de los jueces y árbitros, implantando un sistema de recopilación de decisiones judiciales y de laudos arbitrales relativos a las Convenciones y Leyes modelo emanadas de dicha Comisión, denominado CLOUT.³¹⁸ Asimismo, UNIDROIT está desarrollando un ambicioso proyecto de base de datos dedicado a recopilar las decisiones judiciales y laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT relativos a los contratos de comercio internacional y a la CVIM.³¹⁹ Ambas recopilaciones han adquirido una proyec-

³¹⁶ Véase el resumen de la sentencia del Tribunale di Pavia del 29 de diciembre de 1999, en CLOUT, caso N° 380, en línea <http://www.uncitral.org> y en Unilex con el N° 458, en línea <http://www.unilex.info>, que reproduce algunos extractos de dicha sentencia, uno de los cuales señala que: “*Questa soluzione corrisponde del resto quella adottata dalla giurisprudenza straniera (v. ad esempio Pretore della giurisdizione Locarno-Campagna 16-12-1991) che, seppur non vincolante, va tenuta in considerazione come, d'altronde, richiesto dall'art. 7, comma 1 della Convenzione delle Nazioni Unite*”. Asimismo, véase en Unilex, caso N° 02 C 0540 de *Usinor Industeel v. Lecho Steel Products, Inc.*, en el United States District Court, N.D. Illinois, del 28.03.2002, en la dirección antes citada, en el que el juez para tomar su decisión hace referencia a una sentencia previa emanada de un tribunal australiano. Asimismo en el resumen del Caso N° 279 de CLOUT del 5 de octubre de 1998, en la dirección antes señalada, el tribunal alemán para determinar la norma internacional de interpretación de una cláusula contractual recurrió a la jurisprudencia inglesa.

³¹⁷ *Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.* del Tribunale di Vigevano, del 12 de julio de 2000, CLOUT, caso N° 378, en línea <http://www.uncitral.org>

³¹⁸ Véase el documento de la CNUDMI denominado *Jurisprudencia de los Tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)*, del 4 de febrero de 2000, A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1, en línea <http://www.uncitral.org>

³¹⁹ Véase la siguiente dirección en Internet: <http://www.unilex.info>

ción mundial gracias a Internet que hace posible su consulta en forma rápida y sencilla desde cualquier parte del mundo.³²⁰

Finalmente, la CVIM recurre como precepto general al principio de buena fe “*como una norma de carácter sustantivo cuya función es modular el comportamiento de las partes*”;³²¹ a los principios generales en los que se basa la Convención para subsanar las lagunas internas del referido texto y en última instancia, en caso de que dichas lagunas no puedan ser completadas por los métodos anteriores, se debe acudir a la Ley que resultaría aplicable, de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado.³²² El recurso al método conflictual, de carácter netamente residual, es a nuestro modo de ver positivo, en cuanto supone el establecimiento de un régimen que pretende armonizar dos métodos que tradicionalmente se les ha considerado como excluyentes entre sí.

2. ADAPTABILIDAD DE LA CVIM A LAS PARTICULARIDADES DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

2.1 MANIFESTACIÓN Y PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO

En principio, la formación del contrato por medios electrónicos no plantea ningún problema con respecto a la aplicación de la CVIM, de acuerdo con el artículo 11 de ese mismo texto. En efecto, la disposición antes señalada acoge el principio de libertad de formas para manifestar y probar el consentimiento de las partes contratantes.³²³ En este contexto la manifestación de la voluntad por medios electrónicos es plenamente válida.³²⁴

³²⁰ En el CLOUT, versión en línea, solamente se encuentran disponibles los resúmenes de las sentencias y de los laudos arbitrales; en UNILEX, además de los resúmenes, se ponen a la disposición del usuario extractos de la mayor parte de las decisiones.

³²¹ Tomás Vázquez Lépinette, *Ob. Cit.*, p. 46.

³²² Véase el artículo 7.1 *in fine*, y el artículo 7.2 de la CVIM.

³²³ El artículo 11 de la CVIM dispone lo siguiente: “*El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos*”.

³²⁴ Véase el documento de la CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería*, A/CN.9/WG.IV/WP.91, antes citado, párrafo 31.

No obstante lo anterior, el propio texto de la CVIM permite hacer unas excepciones con respecto al principio de libertad de formas, cuando los Estados contratantes de la Convención hayan hecho uso de la reserva contemplada en el artículo 96. Así, el artículo 12 de la Convención dispone que no se admitirá que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o que la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de la voluntad se haga por un procedimiento que no sea escrito, cuando alguna de las partes tenga su establecimiento en un Estado contratante que haya realizado la reserva del artículo 96, antes mencionado. El artículo 12 antes citado no puede ser derogado, ni modificado por la voluntad de las partes.

De tal manera que la aplicación de la CVIM solamente pudiera ser cuestionada en el supuesto de que alguna de las partes estuviese establecida en un Estado contratante que hubiese realizado la reserva del artículo 96 antes señalado y que por tanto, solamente admita que las manifestaciones de voluntad de las partes se realicen por escrito. Sin embargo, esta restricción no producirá efectos negativos que obstaculicen la utilización del medio electrónico en contratos regulados por la CVIM, en la medida de que se le reconozca pleno valor al principio de la equivalencia funcional, que hemos tratado extensamente en el capítulo anterior, y que las partes cumplan con los requisitos necesarios para que opere dicho principio.³²⁵

Adicionalmente, el principio de equivalencia funcional entre las manifestaciones de voluntad contenidas en soporte electrónico y en soporte papel pareciera responder al espíritu de la CVIM, debido a que la Convención en su artículo 13 acoge un criterio amplio del término “*por escrito*”, cuando incluye dentro de este concepto al telegrama y al télex. Esto pareciera estar reforzado por el propio texto convencional que no permite a los Estados contratantes hacer reserva del artículo 13 antes señalado, contrariamente a lo que ocurre con el artículo 11, 29 y II parte de la CVIM, de acuerdo con el artículo 12 de la Convención,

³²⁵ Véase *supra* el N° 2.2 del capítulo II.

anteriormente citado. Por lo tanto, debe entenderse que la CVIM acoge una noción amplia del concepto “*por escrito*”, incluso para aquellos Estados contratantes que hayan hecho uso de la reserva contemplada en el artículo 96, antes mencionado.³²⁶

Sin embargo, existe una corriente doctrinaria que sostiene que solamente se podrán considerar realizadas por escrito aquellas manifestaciones de voluntad transmitidas por medio de mensajes de datos, cuando así lo admitan las leyes del Estado contratante que hizo la reserva contemplada en el artículo 96 de la CVIM.³²⁷ Aunque comprendemos las razones que están implícitas en la corriente doctrinaria antes señalada, consideramos que dicho razonamiento va en contra de la forma de rellenar las lagunas internas establecidas en el propio texto de la Convención, en su artículo 7.

A nuestro modo de ver, la CVIM puede ser aplicable a los contratos electrónicos de compraventa internacional de mercaderías, incluso cuando los Estados contratantes en los que estén establecidos todos o algunas de las partes, hayan hecho la reserva del artículo 96. En efecto, no teniendo el texto de la Convención una norma que determine el contenido de la expresión “*por escrito*”, se debe acudir a los principios de buena fe y a los principios generales en los que se inspira la Convención, de acuerdo con el artículo 7 y de esta forma aplicar el principio de la equivalencia funcional,³²⁸ que permite considerar como escritas aquellas manifestaciones de voluntad que consten en forma electrónica, siempre que cumplan con los requisitos necesarios para que esta equivalencia se produzca.

³²⁶ No obstante, debemos recordar que siendo las disposiciones de la CVIM de carácter dispositivo, éstas pueden ser modificadas por la voluntad de las partes contratantes quienes pudieran excluir el telex y los telegramas del concepto de escrito.

³²⁷ Véase el documento de la CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería*, A/CN.9/WG.IV/WP.91, antes citado, párrafo 33.

³²⁸ Véase el documento de la CNUDMI, antes citado, párrafos 36, 37 y 38.

2.2 *ÁMBITO DE APLICACIÓN GEOGRÁFICA DE LA CONVENCIÓN*

El criterio de internacionalidad que sigue la CVIM viene dado por el lugar en donde se encuentran situados los establecimientos respectivos de las partes contratantes, los cuales deben estar ubicados en Estados diferentes. Además se requiere que los países en los que estén establecidas las partes hayan ratificado la Convención³²⁹ o que las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado que haya ratificado dicha Convención.³³⁰ De tal manera, que la CVIM en el segundo supuesto antes señalado, opta por el método tradicional de Derecho internacional privado de las normas de conflicto para ampliar el ámbito de validez espacial del texto uniforme.

Independientemente de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que ha generado el artículo 1 de la CVIM, particularmente cuando se trata del apartado b del párrafo 1, en el caso específico de los contratos electrónicos, el lugar de establecimiento de las partes presenta unas complicaciones adicionales. En efecto, tal como lo hemos señalado en el primer capítulo, uno de los mayores problemas derivados de la contratación por medios electrónicos es la dificultad que tienen las partes de determinar la ubicación geográfica de la otra parte contratante y la de sus respectivos establecimientos.³³¹ Esta dificultad es aún mayor para aquella parte contratante que no tiene acceso a los medios técni-

³²⁹ Véase el artículo 1.1 apartado a) de la CVIM.

³³⁰ Véase el artículo 1.1 apartado b) de la CVIM. De acuerdo con el artículo 95 de la CVIM las partes que hayan invocado este artículo en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión no quedarán obligados por el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 de la presente Convención.

³³¹ No vamos a referirnos a la distinción entre el lugar de establecimiento de las partes contratantes y el lugar en donde están instaladas las tecnologías que permiten a las partes contratantes tener acceso y prestar servicios en la red, pues este tema fue tratado extensamente en el primer capítulo. De otra parte, en el proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI, se está discutiendo la posibilidad de adoptar el concepto comunitario de establecimiento.

cos y a las tecnologías utilizadas para prestar en forma estable los servicios de la sociedad de la información.³³²

Ahora bien, tal como lo señalamos en el segundo capítulo, la información relativa a la ubicación de las partes contratantes, específicamente la de los prestadores de servicios de la sociedad de la información ha sido resuelta en el ámbito comunitario por la Directiva 2000/31/CE mediante una norma de carácter imperativo. Asimismo, en el ámbito internacional hemos observado que se está formando una regla sobre esta materia.

De tal manera, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información están obligados a revelar el lugar de su establecimiento cuando éste se encuentre ubicado dentro de la UE. Igualmente, el deber de identificarse de las partes contratantes, pudiera ser exigido para los demás países de la comunidad internacional, en virtud del artículo 9.2 de la CVIM, en la medida de que la regla a la que hemos aludido anteriormente consiga reunir los requisitos necesarios para ser considerada como un uso internacional; o mientras esto ocurre, esta obligación se puede entender exigible como una regla de conducta derivada del principio de buena fe, que tiene su asidero en el artículo 7.1 de ese mismo texto convencional.³³³

Sin embargo, a pesar de que existen razones de peso para creer que la regla sobre la identificación de las partes contratantes a la que nos he-

³³² Véase *supra* N° 1.2 del capítulo primero y nota N° 58 e *infra* N° 2.3.1 del presente capítulo. Prestador de la sociedad de la información es un término utilizado en el ámbito comunitario, pero que también puede ser extensivo a cualquier ámbito. Así pues, de acuerdo con el preámbulo de la Directiva 2000/31, párrafo 17, los servicios de la sociedad de la información se refieren a “cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la compresión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”. Normalmente los titulares o detentadores de una página *Web* tendrán acceso a una serie de informaciones que los pueden ayudar a determinar el lugar de establecimiento de la otra parte contratante. Verbigracia, cuando un vendedor vende desde una página *Web* es muy frecuente que pueda obtener la información necesaria acerca del comprador, a través de la institución bancaria que actúa de intermediaria en el pago de las mercancías, en caso de que dicha página preste ese servicio.

³³³ Véase *supra* N° 2.5.3 del capítulo II.

mos referido anteriormente se está consolidando en el ámbito internacional, nos preguntamos acerca de cuáles serán los efectos que producirá su incumplimiento en el seno de la CVIM. En efecto, consideramos que hay que distinguir cuándo la omisión tiene por finalidad excluir el contrato del ámbito de aplicación de la CVIM, tal como lo veremos más adelante, de cuándo esta omisión puede producir un vicio en el consentimiento de la otra parte contratante que no hubiese celebrado el referido contrato, de haber tenido conocimiento del lugar de establecimiento de la parte que incurrió en la omisión.

A nuestro modo de ver, en este último supuesto el incumplimiento de este deber estaría fuera del ámbito de aplicación material de la CVIM, en virtud del artículo 4, apartado b, que excluye expresamente todo lo relativo a la validez del contrato. Por el contrario, el primer supuesto solamente constituye una forma de manifestar la voluntad de las partes contratantes, para que no resulte aplicable la CVIM, tal como lo trataremos de seguidas.

Así pues, el criterio de la internacionalidad contemplado en la CVIM se ve limitado fuertemente en el caso de los contratos electrónicos por el párrafo segundo del primer artículo que dispone lo siguiente:

No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

De tal manera que, a pesar de que en el ámbito comunitario esta limitación no va a producir mayores consecuencias en los países miembros, que a la vez hayan ratificado la CVIM, es bastante probable que el párrafo antes señalado produzca un impacto negativo en los contratos electrónicos celebrados entre partes que no estén establecidas en la CE, en el sentido de que un gran número de ellos estarán excluidos de la legislación uniforme, porque las partes omitan cualquier referencia a su lugar de establecimiento.

En este mismo orden de ideas, debemos examinar si el criterio de internacionalidad que tiene la CVIM es suficientemente amplio para abarcar las necesidades de la formación del contrato electrónico y en caso negativo, si una nueva convención podría remediar estas exigencias. Con respecto a este tema debemos reflexionar acerca de la pertinencia del apartado segundo del artículo 1 de la referida Convención, pues hemos visto las dificultades reales que existen en materia de localización de los establecimientos de las partes contratantes y cómo es posible que las omisiones relativas a la ubicación de los mismos, no siempre puedan ser atribuidas a la voluntad de las partes contratantes, sino que más bien se pueden deber a las características propias del medio electrónico.

Por tanto, consideramos que cualquier instrumento jurídico que pretenda regular la formación del contrato electrónico debería eliminar el supuesto antes señalado. Sin embargo, dicha disposición está incluida en ambas versiones del proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI.³³⁴

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el criterio de internacionalidad de la CVIM, desde el punto de vista formal tiene el ámbito de aplicación geográfica que hemos indicado, en la práctica su área de influencia se ve aumentada debido a que recoge usos y prácticas internacionales del contrato de compraventa y por tanto, también puede ser aplicada en su carácter de *lex mercatoria*, dependiendo del sistema de Derecho internacional del foro y de la voluntad de las partes contratantes. Así, el área de influencia que tiene en la práctica el texto de la Convención, es ampliamente beneficioso para la formación del contrato electrónico, pues el carácter transfronterizo de dichos contratos hace necesario procurar un mayor grado de unificación que en los contratos celebrados por medios de comunicación tradicionales.

Finalmente, es preciso reflexionar justamente sobre el carácter transfronterizo del contrato electrónico, antes mencionado y del que nos ocu-

³³⁴ Véanse las dos versiones del artículo 1.2 de los referidos proyectos que constan en los documentos de la CNUDMI, A/CN.9/WG.IV/WP.101 y A/CN.9.WG.IV/WP.95, respectivamente.

pamos en el primer capítulo de este trabajo, para determinar cuáles son las verdaderas necesidades del contrato electrónico desde el punto de vista de regulación. La razón de ello es porque el carácter transfronterizo del contrato electrónico que se manifiesta en la incertidumbre de saber si un contrato está conectado con el Derecho interno de un determinado Estado o contiene elementos extranjeros,³³⁵ hace dudar del ámbito de aplicación geográfica que debe abarcar cualquier mecanismo unificador que se ocupe de la formación del contrato electrónico.

En efecto, la característica antes señalada, hace indispensable que la uniformidad de reglas materiales comprenda, no solamente el ámbito internacional, sino también las relaciones contractuales de Derecho interno de los Estados. Por lo demás, en la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo sobre Comercio electrónico, la CNUDMI reconoce la dificultad que existe en materia de comercio electrónico de distinguir los casos nacionales de los internacionales, y como consecuencia de ello invita a los Estados a no restringir el ámbito de aplicación geográfica de dicha Ley.³³⁶

Así pues, las características propias del contrato electrónico exigen que éste sea regulado por unas normas cuyo ámbito de aplicación abarquen tanto los contratos nacionales, como los internacionales. No obstante, este ámbito de aplicación tan amplio resulta a todas luces excesivo para poder ser adoptado en un texto convencional.

2.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA CONVENCION

El ámbito de aplicación material de la CVIM ha sido ampliamente debatido tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Por tanto, aquí nos limitaremos a tratar los aspectos directamente vinculados con el contrato electrónico.

³³⁵ Véase *supra* N° 2.1 del capítulo I.

³³⁶ Véase la *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, antes citada, párrafo 28.

Sin embargo, antes de tratar estos aspectos, es necesario considerar que dentro del ámbito de aplicación material de la CVIM están expresamente excluidas las compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico³³⁷ del comprador. Dicha exclusión representa una fuerte limitación a los efectos unificadores de los contratos electrónicos, pues en el capítulo primero quedó patente la importancia que han adquirido los consumidores dentro de las transacciones electrónicas internacionales.³³⁸ No obstante, parece difícil que un texto convencional pueda incorporar a su ámbito de aplicación los contratos en los que intervenga un consumidor.

Otra exclusión dentro del ámbito de aplicación material de la CVIM es el relativo a la validez del contrato de compraventa y a la de los usos internacionales, de acuerdo con el artículo 4.a. del texto convencional. Esta exclusión también tiene repercusiones prácticas sobre el contrato electrónico en la medida de que las comunicaciones por medios electrónicos se prestan a que las partes incurran en un mayor número de errores en la formación del contrato electrónico cuando se trata de sistemas automatizados.³³⁹ Es por ello que el proyecto de Convención de la CNUDMI sobre contratos electrónicos incluye una disposición que regula los casos en los que una persona natural incurre en un error que pueda afectar la sustancia del contrato.³⁴⁰

A nuestro juicio, las particularidades referentes a los casos de error en el contrato electrónico pueden ser reguladas adecuadamente por un nuevo texto convencional, pero también pueden ser objeto de principios

³³⁷ El artículo 2.a de la CVIM contempla una excepción a esta regla cuando antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, el vendedor no hubiera tenido, ni hubiera debido haber tenido conocimiento de que las mercaderías se adquirirían para el uso personal, familiar o doméstico del comprador.

³³⁸ Esta exclusión es mantenida en el proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI, antes citado.

³³⁹ Véase el documento de la CNUDMI, A/CN.9/WG.IV/WP.95, antes citado, párrafo N° 74 y ss.

³⁴⁰ Véase el artículo 12.3 del proyecto de Convención que consta en el documento antes citado, que está inspirado en la Ley canadiense. Adicionalmente, el artículo 12.2 propone una norma inspirada en el artículo 11, párrafo 2 de la Directiva 2000/31/CE que trata de los mecanismos para prevenir la comisión de errores en la celebración del contrato electrónico.

o reglas internacionales, tal como lo señalamos en el capítulo segundo, pues existen algunos indicios de que se están formando criterios comunes sobre este tema.³⁴¹

2.3.1 *Obligación principal del vendedor en el contrato de compraventa electrónico*

El primer aspecto a considerar es la clase de prestaciones que contienen los contratos electrónicos formados en redes abiertas. Esta evaluación es necesaria pues la CVIM solamente es aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías, con exclusión expresa de todo contrato en el que la principal prestación de la parte que proporciona las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar servicios, de acuerdo con el artículo 3.2. de dicha Convención.

Ahora bien, cuando se contrata por medios electrónicos, el comprador recibe un considerable número de servicios que pueden hacer dudar de cuál es la principal prestación de dicho contrato. En efecto, la compra de un bien por medio electrónico supone haber tenido acceso a una información en Internet, sin necesidad de trasladarse físicamente al establecimiento del vendedor. De tal forma que el comprador puede adquirir las mercancías que requiere sin pérdida de tiempo, e incluso puede pagarlas por esa vía, haciendo uso de los sistemas de seguridad que ofrezca el vendedor, en caso de que dicho vendedor preste esos servicios.³⁴²

El anterior enfoque pareciera ser acorde con la orientación asumida por la CE en la Directiva 2000/31/CE “*relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*”, cuyo título completo resulta significativo a los efectos que hemos indicado anteriormente. Así pues, la citada Directiva acoge el concepto de servicios de la socie-

³⁴¹ Véase el artículo 22 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* del Canadá; y el artículo 11, apartado 2 de la Directiva 2000/31/CE.

³⁴² En este mismo orden de ideas puede ser que el comprador haya entrado en contacto con el vendedor gracias a los servicios de un buscador o de un portal en Internet en el que se anuncie este último.

dad de la información de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, cuyo artículo 1.2 define como servicio a “*todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios*”.

De tal manera que cualquier contrato de compraventa celebrado en Internet a la luz de la Directiva 2000/31/CE, constituye un servicio de la sociedad de la información o por lo menos en forma parcial, tal como lo veremos más adelante.³⁴³ Asimismo dichos servicios son prestados por un prestador de servicios de la sociedad de la información que puede ser “*cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información*” a un prestador de servicios, que a su vez, puede ser “*cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible*”, de acuerdo con el artículo 2, apartados c) y d) de la referida Directiva.

A pesar de que no podemos profundizar acerca del significado de las anteriores definiciones dentro del marco comunitario, pues escapa del objeto del presente trabajo,³⁴⁴ debemos hacer ciertas precisiones que nos permitan demostrar la amplitud de los conceptos antes señalados, y cómo éstos abarcan prácticamente todas las actividades que pueden ser realizadas en Internet. Así, el concepto de prestador de servicios de la sociedad de la información comprende a toda persona que ejerce una actividad económica en línea, con excepción de los Estados, desde un

³⁴³ Una excepción a esta regla es el caso en que el contrato sea celebrado por dos personas naturales y para fines ajenos a su profesión, negocio o actividad profesional, tal como lo veremos más adelante.

³⁴⁴ Sobre este tema véase a Mireille Antoine, *L'objet et le domaine de la Directive sur le commerce électronique*, en *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 2001, pp. 1 a 39; a Fernando Hernández Jiménez-Casquet, *El Marco Jurídico del Comercio y la Contratación Electrónicos en Principios de Derecho de Internet*, dir. por Pablo García Mexía, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 331 a 379; y Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *Ob. Cit.*, N° 150 a 156.

médico prestando telemedicina hasta una florista o un pintor vendiendo sus obras por Internet³⁴⁵ y dentro de las actividades que ejerce están incluidas, en particular, “*la venta de mercancías en líneas*”, aun cuando la entrega física de las mercancías en sí misma no está cubierta.³⁴⁶

Adicionalmente, las actividades ejercidas en línea no se limitan a las que se prestan desde una página *Web* que presuponen una cierta estabilidad en el ejercicio de dichas actividades comerciales, sino que también incluyen las actividades esporádicas que puedan ser realizadas en línea empleando cualquier tecnología propia de las comunicaciones electrónicas, dentro de las cuales está comprendida el correo electrónico. Sin embargo, con respecto a la utilización del correo electrónico, no se le considera como un servicio de la sociedad de la información cuando este medio es utilizado por personas físicas que actúen fuera de su profesión, negocio, o actividad profesional.³⁴⁷

Es por ello, que a nuestro juicio existen fundamentos válidos para pensar que en el contrato electrónico de compraventa celebrado en redes abiertas, es posible que la prestación de servicios tenga un peso mayor dentro de la relación contractual que la venta propiamente dicha. El anterior argumento se ve reforzado a la luz del proyecto de Convención sobre contratos electrónicos que prepara la CNUDMI, al que hemos aludido anteriormente, pues dicho proyecto tiene como objeto la contratación electrónica en general, sin excluir la prestación de servicios, ni ninguna otra, salvo los contratos relacionados con la concesión del uso limitado de derechos de propiedad intelectual, tales como los contratos de licencia³⁴⁸ y los contratos en los que intervengan los consumidores.

³⁴⁵ Mireille Antoine, *Ob. Cit.*, pp. 3 y 12.

³⁴⁶ Preámbulo de la Directiva 2000/31/CE, considerando N° 18.

³⁴⁷ Véase el preámbulo de la Directiva 2000/31/CE, considerando N° 18.

³⁴⁸ Véase el documento de la CNUDMI denominado *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención*, A/CN.9/WG.IV/WP.95, antes señalado, párrafos 13, 20, 21 y 22.

Sin embargo, aun cuando todavía no conocemos de ninguna jurisprudencia que haya debatido sobre este tema, la que actualmente existe sobre la aplicación del artículo 3.2 de la CVIM nos llevaría a la solución contraria. En efecto, según la tendencia actual de la jurisprudencia lo determinante para saber cuál es la principal obligación de un contrato, depende del criterio económico de las prestaciones.³⁴⁹ Ahora bien, aunque es difícil generalizar en esta materia, es frecuente que los bienes adquiridos en Internet tengan un coste inferior al que tendrían éstos de ser comprados fuera de la red, de donde es probable que el coste de los servicios sea inferior al valor del bien vendido. De otra parte, en los trabajos de la CNUDMI con el fin de verificar si la CVIM es adecuada para regular los contratos electrónicos, no se toma en consideración este tema.

Así pues, consideramos que existen buenos argumentos, tanto favorables como desfavorables, para sostener que la prestación de servicios en un contrato electrónico de compraventa de mercaderías es la principal obligación del vendedor. Por lo tanto, es preciso esperar a que se produzcan decisiones judiciales o arbitrales en esta materia para aclarar si la exclusión del artículo 3.2 de la CVIM es aplicable a los contratos electrónicos o no. En caso de prevalecer la posición de que es aplicable la exclusión antes señalada, se justificaría aprobar un nuevo texto convencional para que recoja los criterios unificadores de la CVIM, y que a la vez responda a las necesidades específicas del contrato electrónico.

Sin embargo, en el proyecto actual que prepara la CNUDMI, aun cuando recoge alguno de los criterios unificadores de la CVIM, no ha reproducido el artículo 9 de dicho texto.³⁵⁰ A nuestro modo de ver, el artículo antes señalado es una de las fortalezas de la CVIM, pues contiene un mecanismo renovador, al que hemos aludido anteriormente, que le permite incorporar permanentemente al texto convencional, las modificaciones que vayan experimentando los usos y prácticas internacionales a lo largo del tiempo.

³⁴⁹ Tomás Vázquez Lépinette, *Ob. Cit.*, pp. 58 y 59.

³⁵⁰ Véase *supra*, nota 52.

2.3.2 *Bienes objeto de los contratos electrónicos y clase de contratos que se celebran en la red*

El segundo aspecto a considerar consiste en los bienes objeto de los contratos electrónicos y la clase de negocios que se celebran en las redes abiertas, pues el ámbito de aplicación material de la CVIM es la compraventa internacional de mercaderías. Antes de profundizar un poco sobre el concepto de mercaderías en el contexto de la Convención, pues el criterio de internacionalidad lo hemos tratado anteriormente, debemos hacer unas consideraciones de orden general.

En efecto, tal como lo hemos señalado anteriormente, con la aparición de Internet se ha enriquecido poderosamente la variedad de contratos que son celebrados en el ámbito internacional. De forma tal, que no solamente se han experimentado cambios relativos a la clase de objetos negociados que trataremos de seguidas, sino que se han incorporado al tráfico internacional una serie de prestaciones de servicios que han sido especialmente adaptadas a la vía electrónica, como por ejemplo el acceso a la edición informática de un periódico, o a la programación televisiva de un determinado país.

Esta modificación desde el punto de vista del tipo de contratos celebrados en la red ha traído como consecuencia que el ámbito de aplicación de la CVIM tenga una menor área de influencia de la que gozaba antes de la era informática. En este mismo orden de ideas, debemos destacar que los bienes objeto del tráfico internacional han variado de forma importante cuando éstos provienen de contratos celebrados en la red.

Así pues, desde que surgió Internet uno de los bienes que han tenido mayor aceptación, son los programas informáticos, los libros o los discos teledescargables.³⁵¹ En el caso de los programas informáticos éstos pueden estar incorporados a un bien corporal, como un *diskette* o un *CDrom*, o ser transmitidos en forma de mensaje de datos por vía elec-

³⁵¹ Véase a Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Ob. Cit., Nos. 249 a 254.

trónica. En el caso de los libros y discos teledescargables se trata de bienes incorporeales. Adicionalmente, con respecto a estos bienes incorporeales hay que distinguir aquellos en los que se concede un uso limitado del producto, de los otros en los que no existe ninguna clase de restricciones, a pesar de que puedan involucrar elementos patentados u otros elementos objeto de derechos de autor.

Esto ha llevado a discutir en el seno de la CNUDMI si el término mercaderías de la CVIM comprende los bienes incorporeales o no; y si se debe diferenciar aquellos bienes que están incorporados a un soporte físico, de aquéllos solamente transmisibles por medios informáticos. Según la doctrina y jurisprudencia existente en la materia, la Convención incorpora un concepto restringido del término mercaderías.³⁵² Sin embargo, existe jurisprudencia que confirma que el concepto de mercaderías comprende los programas informáticos normalizados, siempre que éstos no sean personalizados.³⁵³

De otra parte, la jurisprudencia existente solamente ha versado sobre programas informáticos incorporados a un soporte físico.³⁵⁴ No obstante, lo anterior la CNUDMI en el proyecto de convención que prepara no hace distinción entre los bienes incorporeales y solamente excluye, tal como los señalamos anteriormente, aquellos contratos en los que el uso de la propiedad está limitado por una licencia. La exclusión antes señalada, no es debida al tipo de bienes negociados, sino a la clase del contrato que contempla un uso limitado del Derecho de la propiedad.

Aun cuando una Convención podría ser un texto idóneo para precisar el concepto de mercancías en lo relativo a los contratos por medios electrónicos, no lo consideramos esencial, pues este mismo resultado se podría obtener, sin necesidad de aprobar una nueva Convención, gra-

³⁵² Documento de la CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería*, A/CN.9/WG.IV/WP.91, antes identificado, párrafo N° 21.

³⁵³ *Ob. Cit.*, párrafo N° 23.

³⁵⁴ Tomás Vázquez Lépinette, *Ob. Cit.*, pp. 64 y 65.

cias a la labor jurisprudencial y al artículo 9.2 de la CVIM, en la medida de que se forme un uso internacional en esta materia.

3. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO A LA LUZ DE LA CVIM

La adecuación de la CVIM a la formación de los contratos electrónicos, a nuestro modo de ver, debe ser enfocada desde dos puntos de vista. El primero consiste en determinar si la CVIM es adecuada para la formación del contrato electrónico de compraventa internacional de mercaderías y el segundo consiste en verificar la importancia que tiene o que puede llegar a tener la CVIM en la unificación de reglas en materia de formación del contrato electrónico, en general, sin hacer distinciones en cuanto a la clasificación de los contratos.

En relación al primer punto de vista, la CVIM es un instrumento jurídico idóneo para regular la formación de los contratos electrónicos de compraventa internacional de mercaderías, porque además de recoger un número importante de usos y prácticas internacionales de Derecho material que son aplicables a los aspectos sustantivos del contrato de compraventa, también permite incorporar al texto convencional, los usos y las costumbres que vayan emergiendo en esta materia. Así pues, dentro de los usos internacionales que la CVIM puede ir incorporando a su texto, gracias al artículo 9.2, se encuentran los relativos a la adaptación de los aspectos técnicos del medio electrónico a dichos contratos.

En efecto, en el capítulo anterior hemos visto que los principios consolidados e incipientes, están dirigidos a adaptar la utilización del medio electrónico al Derecho preexistente, y que solamente algunos aspectos puntuales del proceso de integración ha supuesto una modificación del Derecho sustantivo contractual preexistente. Por lo demás, las escasas reglas que están emergiendo en materia de formación de contratos electrónicos que afectan la sustancia del Derecho preexistente, están directamente relacionadas con la validez del consentimiento, que tal como lo hemos señalado, es una materia que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la CVIM, de acuerdo con el artículo 4.a.

Así pues, la CVIM es particularmente útil en los contratos electrónicos de compraventa internacional de mercancías, porque tal como lo señalamos en el capítulo anterior, los principios y reglas que estudiamos en el referido capítulo, no son suficientes para regular a cabalidad la formación del contrato electrónico. Además, las normas relativas a la formación del contrato entre ausentes de la CVIM se pueden integrar en forma armoniosa con los principios y reglas que están surgiendo en materia de formación del contrato electrónico.

Esta simbiosis armónica es posible gracias a la influencia que tiene la Ley Modelo sobre Comercio electrónico en los principios y reglas consolidados e incipientes del contrato electrónico; ya que tanto la Ley Modelo antes mencionada, como la CVIM han sido elaboradas en el seno de la misma organización internacional. Adicionalmente, los criterios unificadores de la CVIM son valiosos a los efectos de la contratación electrónica de compraventa, porque hemos visto que la uniformidad de principios y de reglas en materia de contratación electrónica, es una necesidad imperativa.

No obstante lo anterior, debemos hacer ciertas precisiones con respecto a la adecuación de la CVIM a la formación del contrato electrónico de compraventa internacional de mercaderías. La primera de ellas está relacionada con la determinación de la obligación principal del vendedor en el contrato electrónico de compraventa que mencionamos anteriormente.

En efecto, en la medida en que se considere que la prestación principal de los contratos electrónicos de compraventa está constituida por los servicios de la sociedad de la información, la CVIM no será aplicable a dichos contratos, y por lo tanto se justificará la aprobación de una nueva Convención que contemple las nuevas modalidades del comercio electrónico. Sin embargo, tal como lo hemos señalado anteriormente no tenemos conocimiento de que se haya producido ningún debate doctrinario, ni jurisprudencial sobre este tema.

La segunda precisión, tiene que ver con la aplicación práctica de la CVIM a un contrato electrónico de compraventa de mercaderías. Este tema tiene una importancia considerable en la actualidad debido a que

todo lo relativo al comercio electrónico es de muy reciente data y el uso reiterado en el tiempo es uno de los elementos esenciales para la formación de los usos y costumbres internacionales. De tal manera, que a pesar de las bondades que pueda tener la CVIM para regular la formación del contrato electrónico de compraventa internacional de mercancías, desde un punto de vista teórico, en la práctica el texto de la Convención puede resultar inútil, en la medida de que no ha transcurrido el tiempo necesario para que se hayan formado usos y prácticas internacionales en la materia.

Sin embargo, la precisión anterior debe ser matizada, pues ya han pasado, aproximadamente, dos décadas desde que se comenzaron a celebrar los primeros contratos electrónicos en entornos cerrados, que tal como señalamos en los capítulos anteriores, han ejercido una influencia decisiva en los contratos electrónicos celebrados en entornos abiertos. Adicionalmente, existe una corriente doctrinaria que sostiene que la formación de la costumbre internacional ha experimentado unos cambios, debido a la rapidez de los medios de comunicación actualmente existentes, que hacen innecesario considerar al factor tiempo como un elemento indispensable para la formación de la misma.³⁵⁵

De otra parte, en caso de que no se adhiera a la corriente doctrinaria antes indicada, es posible sostener que los principios consolidados y las reglas derivadas de éstos que tratamos extensamente en el capítulo anterior, podrían ser aplicados en la actualidad, en virtud del principio de buena fe y de los principios generales en los que se inspira la Convención, de acuerdo con el artículo 7 de la CVIM. En efecto, el principio de buena fe es uno de los ejes centrales de la CVIM, y los principios generales en los que se inspira dicha Convención, son uno de los mecanismos unificadores que permiten solucionar las lagunas internas del texto convencional, sin necesidad de acudir al Derecho interno del Estado que resulte aplicable, de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado.

³⁵⁵ Eric A. Caprioli, et Renaud Sorieul, *Ob. Cit.*, p. 328.

Ahora bien, hemos visto que la CVIM acoge el principio de la libertad de formas para que las partes manifiesten y prueben su voluntad de celebrar los contratos y que excepcionalmente exige que dichas manifestaciones se realicen por escrito. Así pues, el principio de libertad de formas permite la utilización del medio electrónico, así como los principios y reglas derivados de esta forma de contratación.

De otra parte, para aquellos casos en los que los Estados contratantes de la CVIM, hayan hecho las reservas del artículo 96, se puede sostener que el texto convencional recoge una concepción amplia del término escrito, lo cual a su vez permite afirmar que la comunicación por medios electrónicos está incluida dentro de esa concepción, siempre que las manifestaciones de voluntad que se realicen por medios electrónicos cumplan los requisitos de la equivalencia funcional que enunciamos en el capítulo segundo.

Finalmente, con respecto al segundo punto de vista que debemos enfocar relativo al papel que desempeña la CVIM en la unificación de reglas de los contratos electrónicos, debemos señalar que sus efectos uniformadores se han visto limitados, por los requerimientos específicos que tiene la formación del contrato electrónico, los cuales evidentemente no fueron considerados en la redacción de dicha Convención. En efecto, el elemento electrónico ha producido unos cambios profundos no solamente en la clase de contratos celebrados en la red; sino también en los sujetos intervinientes en las relaciones contractuales; en la necesidad de obtener soluciones uniformes, tanto en las situaciones de Derecho interno, como en las de Derecho internacional privado; y en la conveniencia de que la uniformidad alcance aspectos relativos a la validez del consentimiento que tal como lo señalamos anteriormente están excluidos del ámbito de aplicación material de dicha Convención.

De tal manera que las modificaciones que ha introducido el medio electrónico en el campo contractual tienen un alcance de tal magnitud que la labor unificadora de la CVIM, en el ámbito internacional, se ha visto bastante reducida. Adicionalmente, la amplitud y la naturaleza de las materias que en la actualidad forman parte de los contratos internacionales, gracias a las aportaciones que ha hecho el elemento electrónico

hacen indispensable reflexionar sobre cuáles deben ser los mecanismos unificadores adecuados para regularlos. En efecto, la problemática propia de los contratos electrónicos no permite que una nueva Convención internacional sobre contratos electrónicos sea el instrumento idóneo para promover la unificación de reglas en esta materia.

Sin embargo, los criterios unificadores de la CVIM siguen plenamente vigentes como un modelo a seguir en la obtención de reglas uniformes en materia de contratación electrónica. De otra parte, la CVIM conserva su validez en su carácter de *lex mercatoria* y por tanto puede ser aplicada al resto de los contratos electrónicos, siempre que así lo permita la Ley del foro, o el sistema de resolución de litigios elegido por las partes contratantes y que no se trate de materias que estén regidas por normas imperativas del Derecho interno que resulte aplicable, de acuerdo con las normas de conflicto de la Ley del foro.

No obstante lo anterior, la labor unificadora de la CVIM en tanto que *lex mercatoria*, se ve reducida a proporcionar algunas pocas reglas generales sobre la formación del contrato electrónico internacional, debido a las especificidades que ha introducido el elemento electrónico en los contratos internacionales, que requieren de reglas materiales que hayan sido adecuadas a estas nuevas exigencias.

Conclusiones

El medio electrónico ha producido unas modificaciones de tal naturaleza en el área contractual, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional, particularmente cuando es utilizado en entornos abiertos, que hace indispensable la regulación de la formación de los contratos electrónicos por medio de reglas materiales uniformes. De tal manera, que las características propias de la formación del contrato electrónico constituyen un poderoso impulso para la unificación del Comercio internacional y una invitación para que los ordenamientos jurídicos de los Estados aproximen sus legislaciones internas en lo relativo al Derecho contractual.

El efecto unificador que está llamado a producir el medio electrónico en la formación de los contratos, no solamente lo hemos constatado desde un punto de vista teórico, sino que en la práctica ha quedado patente que están emergiendo unas reglas materiales uniformes bajo la forma de principios y de reglas derivadas de éstos. Así pues, la vocación unificadora de la formación del contrato electrónico no solamente se manifiesta en el ámbito internacional, sino que también ha extendido su área de influencia al Derecho interno de los Estados, gracias a la labor de la CNUDMI. Dicha influencia unificadora en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, la hemos visto reflejada en los muchos aspectos comunes que tienen las distintas legislaciones que analizamos, a fin de

extraer los principios consolidados e incipientes que regulan la formación del contrato electrónico internacional.

Sin embargo, los principios y reglas en formación a los que nos referimos extensamente en el segundo capítulo, versan en gran parte sobre aspectos relativos a la adaptación del contrato electrónico al Derecho preexistente, y solamente en áreas puntuales, el proceso de adaptación supone ciertas modificaciones relativas a la sustancia del Derecho de los contratos. De la anterior afirmación es posible extraer dos conclusiones relativas al alcance de la unificación y a la naturaleza de la misma. La primera de ellas es que el elemento electrónico ha permitido aproximar el Derecho interno de algunos Estados en aspectos limitados a la adaptación del elemento electrónico al Derecho contractual, lo cual no es muy alentador desde el punto de vista de la unificación, pero deja abierta la posibilidad a una mayor unificación, en la medida de que las iniciativas de autorregulación que están favoreciendo algunos Estados y la implantación de los ADR rindan sus frutos.

La segunda conclusión está íntimamente relacionada con la naturaleza de las reglas materiales. En efecto, existe un importante movimiento no solamente constituido por expertos, sino que mayoritariamente está conformado por los pretendidos actores de la comunidad de los internautas que afirma la existencia de una *lex electronica*, en tanto que ordenamiento jurídico autónomo que regula todas las actividades electrónicas comerciales o no. A nuestro modo de ver, no es posible sostener que la *lex electronica* pertenece a una comunidad autónoma e independiente, por varias razones, entre las cuales se encuentra la relativa a que los principios y reglas que hemos observado no son suficientes para regular la totalidad de la relación contractual, sino que básicamente están limitados a los aspectos que hemos señalado anteriormente.

Así pues, la *lex electronica* entendida como un nuevo ordenamiento jurídico, a nuestro juicio no es viable, no únicamente por la razón antes señalada, sino porque en este estudio ha quedado demostrado que la formación del contrato electrónico debe abarcar, entre otras materias, algunas que normalmente son reguladas por normas de carácter imperativo de los Estados, tal como es el caso de los contratos en los que

intervienen los consumidores. Igualmente hemos visto que el comercio electrónico ha sido objeto de numerosas regulaciones por parte de los Estados de la comunidad internacional, y de organizaciones internacionales de carácter interestatal, de donde éstos directa e indirectamente, han manifestado el legítimo interés de no abandonar este tema a la pretendida comunidad de los internautas.

De otra parte, una razón adicional que permite negar la existencia de una comunidad homogénea de internautas es que el carácter transfronterizo del contrato electrónico no impide que, dependiendo del caso específico, algunos puedan ser considerados como contratos con elementos extranjeros y otros como sometidos a un único Derecho interno. Así que, la Ley aplicable a cada contrato electrónico podrá diferir, de acuerdo con el ordenamiento jurídico al cual esté sometido dicho contrato y dependiendo del grado de autonomía de la voluntad que tengan las partes contratantes según el sistema de Derecho internacional privado que les corresponda.

En este mismo orden de ideas, la mayor parte de las legislaciones que hemos examinado tienen un ámbito de aplicación material que no está únicamente limitado a los contratos electrónicos celebrados en sitios *Web*, que teóricamente es una de las tecnologías que más puede contribuir a sostener que existe un ciberespacio y una comunidad autónoma. Por el contrario, hemos observado que todas las legislaciones pretenden abarcar el elemento electrónico en general y no limitado a una determinada tecnología.

De tal manera, que el impulso a la unificación por medio de reglas materiales relativas a la formación del contrato electrónico lo producen las características propias del elemento electrónico y no la presión ejercida por la comunidad de internautas. Sin embargo, tal como lo señalamos anteriormente las reglas que se están formando no son suficientes para regular íntegramente la formación del contrato electrónico, ni siquiera si se recurre a los instrumentos que pertenecen al *soft law* o reglas profesionales, tales como los GUIDEC de la CCI o los trabajos de la OCDE o los de la CNUDMI. Esto nos lleva a tener que tratar si es necesario aprobar un nuevo texto convencional que regule íntegramente la forma-

ción del contrato electrónico, o si es necesario recurrir a otros mecanismos unificadores.

La respuesta es compleja en la medida de que hemos visto que las reglas materiales deben abarcar un ámbito de aplicación muy extenso. Esto descarta por completo la utilidad de un nuevo instrumento convencional para que regule los contratos electrónicos. En efecto, no parece plausible que una nueva Convención pueda regular, tanto las situaciones de Derecho interno, como las de Derecho Internacional y que comprenda inclusive los contratos en los que intervienen los consumidores. Así pues, a pesar de que reconocemos las bondades del proyecto de Convención que prepara la CNUDMI, consideramos que su texto no trata, ni es el instrumento idóneo para tratar los verdaderos problemas que plantea el elemento electrónico en el área contractual. Además, a nuestro modo de ver, gran parte de las contribuciones de dicho proyecto se pueden incorporar al Derecho comercial internacional bajo la forma de principios y reglas, o usos y prácticas internacionales, tal como lo tratamos anteriormente, y no requieren del engorroso proceso que supone la aprobación de una nueva Convención internacional.

De otra parte, además de las reglas materiales específicas en materia de formación del contrato electrónico internacional que señalamos en el capítulo segundo, en el campo de Derecho comercial internacional existen reglas materiales que son perfectamente válidas y compatibles con el elemento electrónico para regular la sustancia del contrato electrónico internacional, tales como la CVIM, para el caso de la compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT para los contratos restantes. Los Principios UNIDROIT antes citados, tienen la ventaja de que están fuertemente inspirados en la CVIM, pero su ámbito de aplicación material es mayor y adicionalmente han obtenido un éxito considerable en el Comercio internacional, especialmente en los arbitrajes y juicios internacionales, tanto como Ley aplicable a los contratos, como para rellenar lagunas e interpretar la voluntad de las partes contratantes.

Sin embargo, no debe olvidarse con respecto a los Principios UNIDROIT que hay que tomar en consideración todos los comentarios que realiza-

mos anteriormente en relación a la *lex mercatoria*, en el sentido de que el valor jurídico que se le atribuya a los referidos principios, dependerá de la forma elegida por las partes para resolver los conflictos y del sistema de Derecho internacional privado que resulte aplicable, según el caso. Incluso la prevención anterior debe ser mayor que con respecto a la *lex mercatoria*, pues los Principios UNIDROIT solamente responden parcialmente al concepto de esa fuente de Derecho, ya que no todos sus principios están basados en usos, o prácticas internacionalmente reconocidos.

A pesar de que la integración de los principios y reglas de la formación del contrato electrónico con la *lex mercatoria* o con instrumentos pertenecientes al *soft law* es posible, tampoco resuelve el problema relativo a la necesidad de que las reglas materiales comprendan las relaciones contractuales en las que intervengan los consumidores. La solución no es sencilla, y por lo demás excede con creces de los límites de este trabajo. No obstante, debemos observar que cada vez con más frecuencia los Estados aisladamente o por medio de organizaciones interestatales están aprobando instrumentos jurídicos que pertenecen al *soft law*, tales como las recomendaciones comunitarias sobre el modelo de acuerdo de intercambio EDI, o sobre la resolución consensual de litigios en materia de contratos de consumo; o los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico de la OCDE; o la Recomendación N° 26 de la Comisión Europea de las Naciones Unidas; o la Recomendación N° 31 de la CEFAC-ONU; o las Leyes modelo de la CNUDMI.

De tal manera, que en los instrumentos jurídicos examinados relativos a la contratación electrónica o a algunos aspectos de ella, hemos constatado que los Estados o las organizaciones interestatales no se han limitado a proyectar o promulgar leyes en el sentido formal; o convenciones internacionales; sino que por el contrario también están decididos a fomentar la elaboración de instrumentos jurídicos que pertenecen al *soft law*, cuyo cumplimiento solamente resulta obligatorio cuando así lo acuerden las partes contratantes y que hasta los momentos habían sido mayoritariamente utilizados por la *societas mercatorum* a quien se le atribuye la formación de la *lex mercatoria*.

Por el otro lado, cada vez es más activa la participación de las asociaciones de empresarios internacionales, tales como la CCI en la elaboración de instrumentos internacionales destinados a regular aspectos relativos al comercio electrónico. Así pues, la CCI además de la recopilación o formulación de reglas o modelos de contratos de los que se ha venido ocupando tradicionalmente, ha intervenido activamente en el seno de organizaciones interestatales, tales como la CNUDMI, o la Conferencia de La Haya, para que su opinión sea tomada en consideración en los proyectos convencionales que dichas organizaciones preparan.

Adicionalmente, hemos observado que existe una cierta convergencia de intereses entre los Estados y los operadores comerciales internacionales para regular los contratos electrónicos internacionales por medio de reglas materiales. En efecto, los Estados están conscientes de que las características propias del contrato electrónico, hacen indispensable la colaboración de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y de los propios consumidores en la regulación de los referidos contratos. Por su parte, los prestadores de servicios de la sociedad de la información también están plenamente conscientes de que para superar la incertidumbre jurídica que les podría producir la Ley del foro y la Ley aplicable a la formación del contrato electrónico en los que intervenga un consumidor, es necesario que sean capaces de ofrecer garantías suficientes a los consumidores y a los Estados interesados en proteger a estos últimos, de que las relaciones contractuales celebradas por medios electrónicos cumplirán con un mínimo de requisitos objetivos dirigidos a respetar los derechos de dichos consumidores y que las controversias serán resueltas en forma transparente y satisfactoria para ambas partes. Asimismo, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están interesados en incrementar los negocios celebrados por medios electrónicos, y esto solamente lo alcanzarán en la medida de que logren obtener la confianza de los consumidores.

Así pues, pareciera que tanto para lograr algunos de los objetivos que persiguen los Estados en la regulación de los contratos electrónicos, como para lograr los objetivos de los operadores internacionales, es conveniente favorecer la autorregulación y los ADR en los contratos electrónicos internacionales en los que intervenga un consumidor. Lo

anterior ha quedado patente en el capítulo segundo cuando tratamos los principios incipientes de la formación del contrato electrónico. En este orden de ideas, la Directiva 2000/31/CE, tal como lo señalamos en su oportunidad, fomenta en el ámbito comunitario la elaboración de códigos de conductas; la recopilación de prácticas y usos relativos a los contratos electrónicos; y la solución extrajudicial de los litigios en los que intervengan los consumidores.

No obstante, la aparente convergencia de intereses entre algunos Estados de la comunidad internacional y los prestadores de servicios de la sociedad de la información, queda un largo camino por recorrer para que se unifique, por medio de reglas materiales, la formación de los contratos electrónicos en los que intervengan los consumidores. Mientras esto ocurre la incertidumbre jurídica que produce la dificultad de establecer si se está contratando con una pequeña empresa o un consumidor, se podría mitigar por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, utilizando modelos de ofertas de contratos que cumplan con los requisitos objetivos de una oferta dirigida a un consumidor.

Aun cuando la determinación de estos requisitos objetivos también plantea dificultades prácticas, pues éstos pueden variar de un país a otro, el establecimiento de los mismos podría realizarse a partir de los exigidos en la Directiva 2000/31/CE, que a nuestro modo de ver contiene los requisitos formales mínimos con los cuales debe cumplir un contrato electrónico. Adicionalmente, la Directiva antes citada tiene la ventaja de que es respetuosa con los principios y reglas recogidos en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Asimismo, la referida Directiva, reconoce en el preámbulo de la misma, el carácter global del comercio electrónico, y el papel que deben jugar en dicha unificación, las organizaciones internacionales tales como, la CNUDMI, la OCDE y la Organización Mundial del Comercio.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que aunque la Directiva 2000/31/CE es un valioso instrumento normativo, la unificación de reglas materiales que persigue dentro del seno comunitario, particularmente en los contratos en los que intervienen consumidores, solamente

lo logra en forma parcial. A título de ejemplo, retomemos el tema del acuse de recibo que ya tratamos anteriormente. En la Directiva antes citada, se exige un acuse de recibo por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información cuando éste recibe un pedido de un consumidor por medio de sistemas automatizados. Sin embargo, como ya lo mencionamos anteriormente, el texto de la referida Directiva no se pronuncia con respecto al papel que juega el acuse de recibo en la formación del contrato electrónico.

Ahora bien, la Ley 34/2002 que transpone al Derecho interno español la referida Directiva, considera al acuse de recibo como un acto posterior a la formación del contrato electrónico. De su parte, el proyecto de Ley francesa que también hemos citado anteriormente, considera que el acuse de recibo es un acto indispensable para la formación de los contratos electrónicos en los que intervengan los consumidores. De tal manera, que de aprobarse la Ley francesa antes mencionada, no se conseguiría, sino parcialmente, la unificación perseguida dentro del ámbito comunitario.

Bibliografía

LIBROS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ACIMAN, Carole, *Les communications via Internet et les sites web permettent aux demandeurs d'obtenir la compétence des tribunaux dans les actions*, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N° 5, 1997, pp. 585 a 590.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, *La Firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la legislación vigente*, (“Monografías Aranzadi”), Aranzadi, Navarra, 2000.
- ANTOINE, Mireille, *L'objet et le domaine de la Directive sur le commerce électronique*, en *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 2001, pp. 1 a 39.
- AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, Economica, París, (s.d.) (3ème. edition, 2000).
- BARCELÓ, Rosa Julià, *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, (“Biblioteca Jurídica CuatreCasas”), Valencia, 2000.

- BENSOUSSAN, Alain, *Le Multimedia et le droit*, Hermes, París, 1998, segunda edición revisada y corregida.
- BRICEÑO BERRÚ, José Enrique, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994 en perspectiva comparada con la Convención de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*, en *Diritto Commerciale Internazionale*, pp. 1003 a 1022.
- CACHARD, Olivier, *Chronique de jurisprudence étrangère. Etats-Unis, Revue de l'arbitrage 2002- N° 1*, pp. 193 a 200.
- _____ : *La régulation internationale du marché électronique*, Bibliothèque de droit privé ”, L.G.D.J., París, 2002.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho Internacional Privado, volumen I*, Biblioteca COMARES de Ciencia Jurídica, Granada, Editorial COMARES, 1ª edición s.f., 2ª edición, 2000 (primera reimpresión).
- _____ : *Contratos Internacionales I*, en *Derecho Internacional Privado, Volumen II*, Biblioteca COMARES de Ciencia Jurídica, Granada, Editorial COMARES, 1ª edición s.f., 2ª edición, 2000 (primera reimpresión).
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “ed”. *Textos Legales de Derecho Internacional Privado Español*, Biblioteca COMARES de Ciencia Jurídica, Granada, Editorial COMARES, 2001.
- CAMPINS Eritja, María y DEL RÍO, Amparo, *El Ordenamiento jurídico comunitario: Fuentes*, en *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1ª reimpresión: 2000.
- CAPRIOLI, E y SORIEUL, Renaud, *Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, *Journal du Droit International*, vol.124, avril-mai-juin 1997, pp. 323- 401.

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Medios de Pago Internacionales*, en AAVV. *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 732 a 838.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M. A., RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Editorial Comares, Granada, 1997.
- COVA ARRIA, Luis, *La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 104, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 30-45.
- CRUQUENAIRE, Alexandre, de PATOUL, Fabrice, *Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation: Quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR*, *Lex Electronica*, Vol. 8, N° 1, automne 2002, <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/cruquenaire-patoul.htm>
- CRUQUENAIRE, Alexandre, con la colaboración de Christophe Lazzaro, *La Clause de Marché Intérieur: Clef de voûte de la Directive sur le commerce électronique en Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 2001, pp. 44 a 93.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997.
- DE ANDRÉS BLASCO, Javier, *Introducción general ¿QUÉ ES INTERNET?*, en *Principios de Derecho de Internet*, dirigida por Pablo García Mexía, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 30 a 97.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado en Internet*, Civitas, Madrid, 2000, Segunda Edición, 2001.
- _____ : *El Derecho Internacional Privado ante la Globalización*, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 37-87.
- _____ : *Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales en Diritto del Commercio in-*

ternazionale Pratica Internazionale e diritto interno, 12.4, ottobre-dic.98.

DEMOULIN, Marie, *Les contrats conclus par voie Electronique. Section 2. La passation d'une commande sur les réseaux. Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique* Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 2001, pp. 245 a 270.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso, *La Compraventa internacional de mercancías*, en *Contratos Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 144 a 346.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, Segunda edición, 2001.

FORNER DELAYGUA, J.J., *International Jurisdiction in "Business to Business" (B2B) on line performed contracts: Lessons from the Hague?*, en *A Global Law of Jurisdiction and Judgments: Lessons from The Hague* edited by John J. Barceló III and Kevin M. Clermont, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, pp. 47 a 73.

GABRIEL, Henry D., *The New United States Uniform Electronic Transactions. Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on electronic Commerce*, en *Uniform Law Review*, 2000-4, pp. 651 al 664.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, *El Derecho de Internet*, en *Principios de Derecho de Internet*, dir. por Pablo García Mexía, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 99 a 117.

GAUTRAIS, Vincent, *Le contrat électronique international. Encadrement juridique*, Academia Bruylant, Louvain-La-Neuve, (s.d.) (2 ème édition revue, 2002).

GAUTRAIS, Vincent, LEFEBVRE, Guy, et BEYEKHLEF, Karim, *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence*

- de la lex electronica*, en *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N° 5, 1997, pp. 547 a 583.
- GEIST, Michael, *Y a-t'il un "là" là pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet*. Versión 1.3, 2001, <http://www.ulcc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf>
- GOBERT, Didier, et MONTERO, Étienne, *Les contrats conclus par voie électronique, Section 1. Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne. Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la Directive sur le commerce électronique* Cahiers du CRID, N° 19, Namur, Bruylant, 2001, pp. 199 a 244.
- HAGUET, Jean, *Internet. Guide stratégique et pratique pour l'entreprise*, Masson, París, 1996.
- HANCE, Olivier y DIONNE-BALZ, Suzan, *Business et Droit d'Internet*, the best of Mc Graw Hill, s.l., 1996.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ-CASQUET, Fernando, *El Marco Jurídico del Comercio y la Contratación Electrónica en Principios de Derecho de Internet*, dir. por Pablo García Mexía, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 331 a 379.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
- JESDANUN, Anick, *The potencial and peril of national Internet boundaries*, publicado en *The Examiner*. San Francisco's Hometown Newspaper, <http://www.examiner.com/business/default.jsp?story=b.net-0107> última visita el 15 de enero de 2003.
- JUENGER, Friedrich, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Conflictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho Internacional Privado*, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. LII, I. 2000. pp. 15-47.
- LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre, *Droit international privé*, "Droit privé", Dalloz, París, (s.d.), (7^{ème} edition, 2001).
- MARTÍNEZ NADAL, Apol·lonià, *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*, en *Estudios de Derecho*

Mercantil, Civitas, Madrid, Segunda Edición, actualizada con referencias a la Ley española y la Directiva comunitaria de firma electrónica, 2000.

MARTÍNEZ TORREJÓN, Miguel Ángel (coordinador científico), *Libro Blanco sobre los Sistemas de Autorregulación, los Sellos y las Marcas de Confianza en Mercados Digitales y Códigos de Buenas Prácticas para el Comercio electrónico*, AENOR, AEDED, REICAZ, FCR, 2002.

MAURY, Marc.Antoine, *La lex electronica*, 1998, <http://perso.wanadoo.fr/these4-htm>

MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé.*, Montchrestien, Paris, 7^{ème} éd., 2001.

MORAN BOVIO, David, CHECA MARTÍNEZ, Miguel, *La labor de UNCITRAL (1997-1998)*, en el *Anuario Español de derecho internacional privado*, tomo 0, 2001, pp. 977 a 988.

NICOLL, C.C., *Can Computers Make Contracts?*, *The Journal of Business Law*, 1998, pp. 35 a 49.

OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la Lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1992.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, *La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional privado*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LI, 1999, I, pp. 277 a 287.

PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

PAZ-ARES, Cándido, *El comercio electrónico (una breve reflexión de política legislativa)*, en *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, coordinación a cargo de Mateu de Ros, Rafael y de Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 85 a 98.

PAZ LLOVERAS, Eduardo (Coordinador científico) *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AEDED, REICAZ, FCR, AENOR, 2002.

POILLOT PERUZZETTO, Sylvaine, *Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques*, en ligne <http://www.peruzzetto.com/art/unifcoor.art.htm>

SÁNCHEZ FELIPE, José M., *La réglementation du commerce électronique dans l'Union Européenne*, en *Uniform Law Review, Revue de Droit Uniforme*, 2000-4, NS. Vol. V, UNIDROIT, Kluwer law international, pp. 665-682.

SIRINELLI, P, *L'adéquation entre le village virtuel et la création normative- Remise en cause du rôle de l'État*, en *Internet Which court decides? Which law applies?*, La Haya, 1998, Kluwer law international, pp. 1-22.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, *Compraventa Internacional de Mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

VÁZQUEZ PENA, Manuel José, *La transferencia bancaria de crédito*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ZANOBETTI, A, *Contract law in international electronic commerce*, en *Revue de Droit des affaires internationales*, N° 5, 2000, pp. 533-562.

DOCUMENTOS DE ESTUDIO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES

AAVV, *A GLOBAL ACTION PLAN FOR ELECTRONIC BUSINESS, prepared by Business with Recommendations for Governments*, 3rd edition, July 2002, en línea <http://www.iccwbo.org>

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, CCI.

Déclaration de politique générale. La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique. Comité ad hoc du Projet sur le commerce électronique (PCE) sur la compétence et la loi applicable dans le commerce électronique, 6 juin 2001, en línea <http://www.iccwbo.org>

CNUDMI

Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. En línea <http://www.uncitral.org>

Aspects juridiques du commerce électronique. Contrats électroniques: dispositions pour un projet de convention. A/CN.9/WG.IV/WP.100, 24 février 2003

Obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Compilación de los comentarios recibidos de los gobiernos y de las organizaciones internacionales. Anexo. A/CN.9/WG.IV/WP.98/Add.1, 17 de julio de 2002.

Obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Compilación de los comentarios recibidos de los gobiernos y de las organizaciones internacionales. A/CN.9/WG.IV/WP.98, 17 de julio de 2002.

Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención, A/CN.9/WG.IV/WP.95, 20 de septiembre de 2001.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 38º período de sesiones. (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001). A/CN.9/484, 20 de abril de 2001.

Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. A/CN.9/WG.IV/WP.91, 9 de febrero de 2001.

Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT). A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1, 4 de febrero de 2000.

Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los textos internacionales relativos al comercio internacional: medios para paliar el problema. A/CN.9/WG.IV/WP.89, 20 de diciembre de 2000.

– *Échange de Données Informatisées. Étude préliminaire des problèmes juridiques liés à la formation des contrats par des moyens électroniques.* A/CN.9/333, 18 mai 1990.

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. En línea <http://www.hcch.net>

Affaires générales, *Les échanges de données informatisées, internet et le commerce électronique*, document préliminaire N° 7 d'avril 2000, redactado por Catherine Kessedjian.

Affaires générales, *L'impact d'Internet sur le projet sur les jugements: Nouvelles pistes de réflexion*, document préliminaire N° 17 de février 2002, preparado por Avril D. Haines (Bureau permanent).

Communiqué de presse. Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé, du 8 octobre 2002.

Exécution des jugements, *Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale*, document préliminaire N° 12 d'Août 2000, Informe redactado por C. Kessedjian con la colaboración del equipo de derecho internacional privado del Ministerio de Justicia de Canadá.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS CITADOS

1. Convenciones y Proyectos de Convenciones

Convención de Bruselas relativa a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, del 27 de septiembre de 1968.

Convención de Roma sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, del 19 de junio de 1980.

Convención de Viena de la Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980, en línea <http://www.uncitral.org>

Convención Interamericana de México sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, de 1994, en línea <http://www.oas.org>

Anteproyecto de Convención de la CNUDMI sobre contratación electrónica. Versión del 24 de febrero de 2003 y del 20 de septiembre de 2001, en línea <http://www.uncitral.org>

Proyecto de Convención de la Conferencia de La Haya sobre competencia judicial y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial. Versión corregida y revisada de 2001 y de octubre de 1999, en <http://www.hcch.net>

2. Directivas y Reglamentos Comunitarios. (En línea <http://www.europa.eu.int/eur-lex/es>)

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, del 8 de junio de 2000, publicada en el *D.O.C.E.* N° L 178 del 17 de julio de 2000.

Directiva 99/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, del 13 de diciembre de 1999, publicada en el *D.O.C.E.* N° L 013 del 19 de enero de 2000.

Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 98/34/CE, del 20 de julio de 1998, publicada en el *D.O.C.E.* N° L 217 del 05 de agosto de 1998.

Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece los procedimientos de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, del 22 de junio de 1998, publicada en el *D.O.C.E.* N° L 204 del 21 de julio de 1998.

Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, del 22 de diciembre de 2000, publicado en el *D.O.C.E.* N° L 12 del 16 de enero de 2001.

3. Derechos nacionales

Canadá

Loi uniforme sur le commerce électronique, redactada por la *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, de marzo de 2000, en línea <http://www.law.ualberta.ca>

España

Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, del 11 de julio de 2002, en línea <http://www.boes.es>

Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el BOE número 157 del 2 de julio de 1985 y en el BOE número 264 del 4 de noviembre de 1985.

Real Decreto-ley 14/1999 sobre firma electrónica, publicado en el BOE número 224 del 18 de septiembre de 1999, en línea <http://www.boes.es>

Estados Unidos de América

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act aprobada por el Senado y la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, del 24 de enero de 2000.

Uniform Electronic Transactions Act (UETA) redactada en 1999 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en <http://www.nccusl.org>

Uniform Mediation Act, redactada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en <http://www.nccusl.org>

Francia

Loi N° 2000-230 du 13 de mars de 2000 portant l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, publié en J .O. N° 62 du 14 mars 2000, en <http://www.legifrance.gouv.fr>

Projet de Loi sur la société de l'information N° 3143, distribuido el 18 de junio de 2001, en <http://www.assemblee-nationale.fr/projets/pl3143.asp>

Venezuela

Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Ley de Derecho internacional privado, publicada en la *Gaceta oficial* N° 36.511 del 6 de agosto de 1998.

4. Soft Law

CE. (En línea <http://www.europa.eu.int/eur-lex/es>)

Recomendación 94/820/CE de la Comisión concerniente a los aspectos jurídicos del intercambio de datos informáticos, del 19 de octubre de 1994, publicado en el *D.O.C.E.* N° L338 del 28/12/1994.

Recomendación 98/257/CE de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales encargados de la resolución consensual de los litigios de consumo, del 30 de marzo de 1998, publicado en el *D.O.C.E.* N° L115 del 17/04/1998.

CNUDMI. (En línea <http://www.uncitral.org>).

Ley Modelo para las firmas electrónicas adoptada el 5 de julio de 2001 y proyecto de guía para su incorporación, A/CN.9/WG.IV/WP.88.

Ley Modelo sobre comercio electrónico y la Guía para la incorporación al derecho interno aprobada en 1996, completada por el artículo 5 bis, en la forma aprobada por la Comisión en su 31° período de sesiones, en junio de 1998.

Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. (En línea <http://www.unece.org>)

Recommandation N° 31, Accord de Commerce Electronique, ECE/TRADE/257, de mayo de 2000, CEFACT-ONU.

Recommendation N° 26, Commercial Use of Interchange Agreements for Electronic Data Interchange, ECE/TRADE/WP.4/R.1133, de marzo de 1995, WP.4.

UNIDROIT

Principios UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional, de 1994, en línea <http://www.unidroit.org>

OCDE. (En línea <http://www.ocde.org>)

Lignes directrices de l'OCDE régissant la sécurité des systèmes et réseaux d'information: vers une culture de la sécurité. Recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 juillet 2002.

Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico de 1999. Traducción realizada en México por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, Subsecretaría de Comercio Interior y por la Procuraduría Federal del Consumidor, Coordinación de Enlace Institucional.

5. Reglas de asociaciones empresariales

CCI. (En línea <http://www.iccwbo.org>)

GUIDEC II. General Usage for International Digitally Ensured Commerce (version II), Paris, 2001.

–GUIDEC. General Usage for Internacional Digitally Ensured Commerce, Paris, 1997.

UN/EDIFACT Draft Directory. Part 2 Uniform Rules of Conduct For Interchange of Trade Data by Teletransmission (UNCID).

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Decisiones judiciales

Alemania

Oberlandesgericht Hamburg, 12 U 62/97, del 5 de octubre de 1998, Caso N° 279 de CLOUT.

Canadá

Canadian Broadcasting corporation/ Société Radio-Canada, Chum Limited, CTV Television Inc, ONTV limited and Rogers Broadcasting Limited- and- TV Radionow corp. , William R. Craig, William Craig consulting, Kirby J. Campbell, George Simons, Ian McCallum and John Trickey, 28 de febrero de 2000, en [Http://www.cab-acr.ca/french/media/news/00/settlement.shtm](http://www.cab-acr.ca/french/media/news/00/settlement.shtm) - Última consulta en enero de 2003.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**California**

United States District Court, Northern District of California, San José division, 7 de noviembre 2001, Yahoo!, Inc vs. La Ligue contre le Racisme et L'Antisémitisme, en <http://www.beat-uofa-cafe.com>

Conneticut

United States District Court District of Conneticut, 17 de abril de 1996, Inset Sys., Inc. vs Instruction Set, Inc., <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fischer/domain/dncases/inset.htm> Última visita el 9 de enero de 2003.

Illinois

United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 11 de mayo de 2000, Lieschke, Jackson & Simon vs. Realnetworks Inc, *Revue de l'arbitrage*, 2002- N° 1, pp. 193 a 200. Crónica de CACHARD, Olivier.

United Sates District Court, N.D. Illinois, *Usinor Industeel v. Leeco Steel Products, Inc*, del 28.03.2002, UNILEX, caso N° 02 C 0540, en línea <http://www.unilex.info>

Massachusetts

United States District Court District of Massachusetts, 30 de mayo de 1997, Hasbro, Inc, vs. Clue Computing, <http://www.legaltrademark.com/domain-names/primaryauthorities/caselaw/HasbroandClue994FSupp34USDISTMaa1997.html>

Nueva York

United States District Court Southern District of New York, 9 de septiembre de 1996, Bensusan Restaurant corporation vs. Richard B. King, y The Blue Note, en *The Computer Law Ressource*, <http://www.complaw.com/lawlibrary/bluenote.html>

Pensilvania

Zippo Manufacturing Co. Vs. Zippo Dot Com, 952 F. Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997), <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/dncases/zippo.htm>

Francia

Casac. Civil, 22 de octubre de 1991, Compañía Valenciana de Cementos Portland S.A. vs Primary Coal Inc., *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp 113 a 116. Nota de OPPETIT, Bruno.

Casac. Civil, 22 de octubre de 1991, Compañía Valenciana de Cementos Portland S.A. vs Primary Coal Inc., *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 456 a 461. Nota de LAGARDE, Paul.

Tribunal de gran instancia de París, 22 mayo de 2000, UEJF vs Yahoo! Inc y Yahoo France, *Jurisprudence relative à Internet selectionnée par Daniel Duthil*, <http://www.legalis.net/jnet/> - Ultima visita el día 7 de enero de 2003.

Italia

Tribunale di Pavia del 29 de diciembre de 1999, en CLOUT, caso N° 380, en línea <http://www.uncitral.org> y en UNILEX con el N° 458, en línea <http://www.unilex.info>

Tribunale di Vigevano, Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p. a., del 12 de julio de 2000, CLOUT, caso 378, en línea <http://www.uncitral.org>

2. Laudos arbitrales**CCI**

UNILEX caso N° 8502, de noviembre de 1996, en línea <http://www.unilex.info>