

CONTRATOS VÍA INTERNET: LA IMPORTANCIA DEL MANEJO DE RIESGOS

CLARA LUZ ÁLVAREZ GONZÁLEZ DE CASTILLA

SUMARIO: Introducción. I. Conceptos Claves y participantes. II. Comprendiendo la Evolución del e-Business. III. Importancia del Manejo de Riesgos para los Contratos vía Internet. IV. Recomendaciones. Fuentes de Información y Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La Revolución Electrónica concede muy poco tiempo para fases de pruebas y periodos de evaluación, por lo tanto, el manejo de riesgos del e-Business toma un papel preponderante. Manejar los riesgos del e-Business necesariamente debe considerar las implicaciones legales, especialmente la diversidad de leyes (o inexistencia de regulación), los cambios constantes en las disposiciones legales, las nuevas preocupaciones legales, cuestiones de jurisdicción y derecho aplicable, la evolución de casos resueltos por los tribunales y la evolución de tecnología. El manejo de riesgos del e-Business es responsabilidad de los funcionarios de más alto nivel y también de los abogados que proporcionan asesoría legal.

e-Business es una nueva filosofía de negocios que está transformando el mundo mediante el uso del Internet, que permite a las personas cubrir nuevos mercados, reducir los gastos e incrementar las ganancias. Los clientes comparten los beneficios de la Revolución del e-Business al poder comparar los precios a nivel mundial, escoger lo mejor desde un punto de vista costo-beneficio y con una disponibilidad de la información de 24x7 sin limitación de territorio, ni de horarios.

Los contratos vía Internet son una consecuencia lógica del e-Business. La venta de productos/servicios es solamente un pequeño componente del e-Business. Los procesos internos y externos de las empresas están comprendidos

dentro del mundo del e-Business, y se requiere de su globalización y estandarización. En consecuencia, los Contratos vía Internet no se encuentran limitados a la venta de productos/servicios, sino que incluyen cualquier tipo de contrato que se celebre a través del Internet o medios electrónicos (por ejemplo, contratos de distribución, membresía y de prestación de servicios).

Las disposiciones del e-Business no son consistentes a nivel mundial. Los creadores del Derecho se enfrentan con un importante dilema: si legislan sobre e-Business con el posible efecto de afectar su dinamismo, o si solamente establecen disposiciones mínimas que posiblemente no proporcionarían suficiente seguridad jurídica a los participantes del e-Business.

Las disposiciones del e-Business deben ser tecnológicamente neutras. De otra manera, dichas disposiciones serían obsoletas en el futuro próximo, podrían surgir cuestiones de prácticas monopólicas y que afecten la libre competencia, además de que el dinamismo del e-Business estaría amenazado.

El e-Business representa un gran reto y un compromiso multidisciplinario para encontrar alternativas creativas para el manejo de riesgos en contrataciones vía Internet. Los abogados debemos no solamente comprender los principios legales, sino también entender los aspectos técnicos, de telecomunicaciones e infraestructura.

El valor probatorio de los Contratos vía Internet tendrá que resolverse por los tribunales/árbitros, caso por caso, considerando todos los factores relevantes. Los tribunales y árbitros, con la opinión de expertos y peritos, jugarán un papel preponderante en el desarrollo del e-Business.

Este ensayo trata sobre la importancia del manejo de riesgos en el e-Business respecto a Contratos vía Internet, específicamente respecto a transacciones B2C. A fin de tener un entendimiento común del e-Business y del manejo de riesgos, el Capítulo I revisará los conceptos clave y participantes del e-Business y del manejo de riesgos. El tema principal del Capítulo II será los antecedentes generales de la evolución del e-Business. El Capítulo III primeramente tratará sobre las disposiciones relativas a documentos y firmas electrónicas/digitales, después revisará cuestiones de los Contratos vía Internet y, finalmente, abordará algunos puntos relacionados con la exigibilidad y prueba de los Contratos vía Internet. Las recomendaciones de la importancia del manejo de riesgos en Contratos vía Internet será resumida en el Capítulo IV.

I. CONCEPTOS CLAVES Y PARTICIPANTES

A. *e-Business* y Comercio Electrónico ("*e-Comercio*")

1. *Conceptos*

Los desarrollos tecnológicos han cambiado dramáticamente la forma de hacer negocios. Las innovaciones que han tenido un impacto comercial signifi-

cativo incluyen la metalurgia (alrededor del 7000 a.C.), el dinero (5000 a.C.), la rueda (3000 a.C.), la escritura, tomar el tiempo a través de relojes mecánicos (principios del Renacimiento), la Revolución Industrial y, más recientemente, las computadoras.¹

Los conceptos de e-Comercio y de e-Business son muy extensos y no se les puede definir fácilmente. Algunas veces se refiere al e-Business como si éste comprendiera al e-Comercio. Sin embargo, dichos conceptos son casi siempre utilizados de manera indistinta. “El esfuerzo de separar los conceptos de e-Comercio y de e-Business al parecer surgió por motivos de mercadotecnia (alrededor de 1996) y es terriblemente delgada en esencia.”²

El e-Comercio puede considerarse como “el uso de computadoras enlazadas a través de Internet para crear y transformar las relaciones de negocios”,³ y todas “las actividades comerciales llevadas a cabo a través de redes electrónicas, incluyendo la promoción, mercadeo, suministro, adquisición o entrega de bienes o servicios”.⁴ El e-Business es considerado como “los negocios realizados de tal manera que explotan o residen en medios electrónicos —y, más concretamente, en el Internet—”.⁵

Si e-Comercio o e-Business son conceptos similares o iguales, lo importante es definitivamente que reflejan una nueva filosofía de negocios que está transformando el mundo. Para efectos del presente ensayo, los términos de e-Comercio y e-Business serán utilizados como sinónimos, a menos que expresamente se indique lo contrario.

2. Nomenclatura

e-Business se puede subdividir en tantas relaciones, procesos u operaciones de negocios, internas y externas, que existan referentes a una persona. Actualmente, los tipos más comunes del e-Business son B2B, B2C, B2E y B2G.

B2x se refiere a las relaciones de un negocio frente a otra persona. De esta manera, B2B implica las relaciones de un negocio frente a otro negocio,

¹ MARK J. BARRENECHEA, *e-Business or Out of Business*, Nueva York, E.U.A., McGraw-Hill, 2001, pp. 16-18.

² Peter Fingar, Harsha Kumar and Tarun Sharma, *Enterprise e-Commerce*, Tampa, E.U.A., Meghan-Kiffer Press, 2000, p. 46, citando a Walid Mougayar, “E-commerce? E-business? Who E-cares?” *Computerworld*, 11/02/98. “The effort to separate the e-Commerce and e-Business concepts appears to have been driven by marketing motives (circa 1996) and is dreadfully thin in substance.”

³ CommerceNet, *An Introduction to Electronic Commerce* (<http://www.commerce.net/resources/chap1-9/pg2.html>: último acceso el 5 de octubre de 2001), “the use of Internetworked computers to create and transform business relationships”.

⁴ *Building Consumer Sovereignty in Electronic Commerce: a Best Practice Model for Business*. Commonwealth of Australia-Hon. Joe Hockey MP, Mayo de 2000 (<http://www.treasury.gov.au>): “commercial activities carried out through electronic networks including the promotion, marketing, supply, order or delivery of goods or services”.

⁵ BARRENECHEA, p. 218: “business conducted in ways that exploit or rely on electronic media-and, more specifically, on the Internet”.

B2C respecto a clientes, B2E en relación con los empleados, y B2G en relación con el gobierno. e-Business, sin embargo, incluye todas las posibles relaciones que se lleven a cabo por medios electrónicos (por ejemplo, G2B, E2E, G2E, E2B).

B2B, en particular, es un concepto que se enfoca en las cuestiones comerciales en el suministro de bienes/servicios entre empresas, y el B2C se centra en la relación de negocios entre un usuario final (sea una persona física o una empresa) y una empresa. La diferencia básica sería que B2B se refiere a la adquisición para la cadena productiva, mientras que B2C es básicamente para compras de consumo (bienes al consumidor).

3. *Objetivos y Participantes*

La finalidad principal de una empresa es incrementar las ganancias, y el e-Business le proporciona una plataforma perfecta para lograrlo. Las operaciones electrónicas cumplen con el objetivo esencial de cualquier empresa, al permitir que ésta incremente sus ventas por alcanzar una base de clientes mayor y reducir los costos como resultado de la implementación de operaciones eficientes. Para que el e-Business dé frutos, los usuarios finales o clientes (por ejemplo, personas físicas, empleados, gobierno, negocios) deben también compartir sus beneficios. De otra manera, los clientes no tendrán un incentivo para vivir y adaptarse a una forma totalmente nueva de realizar operaciones: la Revolución del e-Business. Los beneficios del e-Business no se limitan a una reducción en el precio de los productos/servicios, sino que también comprenden la reducción del tiempo, disponibilidad de información, productos/servicios sin limitaciones de territorio, ni de horarios.

Todos somos participantes del e-Business, ya sea como clientes, proveedores, empleados, técnicos de informática, funcionarios públicos o privados, ciudadanos, o, incluso, como abogados.

B. *Manejo de Riesgos*

1. *Conceptos, Características y Participantes*

“El manejo de riesgos comprende el monitoreo de factores conocidos de riesgo y el buscar activamente el surgimiento de nuevos elementos de riesgo.”⁶ Las actividades del manejo de riesgos incluyen: *i)* identificar preocupaciones, riesgos y a los responsables del riesgo, *ii)* evaluar los riesgos en relación con su probabilidad y consecuencias, *iii)* evaluar las alternativas para enfrentar

⁶ Texas Department of Information Resources/Information Resources Management, *Quality Assurance Review Guide for Major Information Resources Projects, Version 1.0* (<http://www.dir.state.tx.us/oops/qat/section6.htm>; último acceso el 5 de octubre de 2001): “Risk management involves monitoring already known risk factors and actively seeking the emergence of new elements of risk.”

los riesgos y establecer la prioridad en los esfuerzos del manejo de riesgos, iv) desarrollar planes de manejo de riesgos y autorizar su implementación, y v) dar seguimiento a los esfuerzos de manejo de riesgos y controlarlos según corresponda.⁷ Los planes de manejo de riesgo están orientados tanto a acciones preventivas (evitar riesgos) como a acciones correctivas (mitigar los riesgos).

El manejo de riesgos es una responsabilidad de los funcionarios de más alto nivel, así como responsabilidad de los usuarios y de cada persona que participa en el proyecto o proceso. Como abogados, es crucial la asesoría que se proporciona para la toma de cualquier decisión en materia de manejo de riesgos.

Resulta esencial una revisión y actualización constante de cualquier plan de manejo de riesgos. Según cambian las circunstancias, surgen nuevos riesgos, los riesgos elevados pueden disminuir su probabilidad de ocurrir o sus consecuencias, y otros riesgos pueden desaparecer.

2. *Manejo de Riesgos e-Business*

El objetivo del manejo de riesgos e-Business es proteger y controlar todas las áreas críticas para el debido funcionamiento del e-Business y de las operaciones de cómputo corporativo, incluyendo controles operativos y contractuales, controles de seguridad de información y de redes, controles de política y procedimientos, y controles de seguridad humana y física.⁸

El manejo de riesgos e-Business debe necesariamente considerar las implicaciones legales, especialmente debido a la diversidad de leyes (o ausencia de regulación), los cambios constantes en las disposiciones legales, nuevas preocupaciones legales, cuestiones de jurisdicción y derecho aplicable, la evolución de las resoluciones de tribunales/árbitros y la evolución de la tecnología.

II. COMPRENDIENDO LA EVOLUCIÓN DEL E-BUSINESS

A. *Antecedentes y Situación Actual*

Las computadoras y la tecnología están en constante evolución. En las décadas de 1960 y 1970, la Era *Mainframe* suponía el tener equipo de cómputo grande y muy costoso que proporcionaba una administración centralizada y una muy alta escalabilidad, pero que desde el punto de vista de programación era muy rígida. Para el final de la década de 1970 y a principios de la década de 1980, se inició la Era del Cómputo Distribuido. Las computadoras eran más pequeñas y los costos bajaron considerablemente, sin embargo, el costo

⁷ CHESTER SIMMONS, *Risk Management* (http://sparc.airtime.co.uk/users/wysywig/risk_1.htm: último acceso el 5 de octubre de 2001).

⁸ INSUREtrust.com (<http://www.insuretrust.com/ebiz.html>: último acceso el 5 de octubre de 2001).

de mantenimiento y actualización era elevado y la administración era muy compleja. Actualmente, estamos perfilándonos hacia la Era de *Cluster*. La era de *Cluster* comprende computadoras (al igual que en la Era del *Cómputo Distribuido*), que operan con hardware y software específico como si fueran un solo equipo, disminuyendo los costos relacionados con mantenimiento, actualización y administración.

Al tratar de la evolución de la computadora, se hace necesario comentar acerca de las redes. LAN (*Local Area Network*) es la espina dorsal a la cual las computadoras personales están conectadas, ya sea en una red privada o pública. MAN (*Metropolitan Area Network*) es la unión de LANs, y WAN (*Wide Area Network*) es el conjunto de MANs que forman el WWW (*World Wide Web*) y el Internet.

Internet, intranet y extranet son términos utilizados constantemente en el e-Business. Intranet incluye todas las redes relacionadas con los procesos y operaciones internas de una compañía. Extranet comprende los procesos y transacciones de una compañía con sus proveedores. Finalmente, el Internet se refiere a las operaciones de una compañía con terceros (por ejemplo, consumidores).

Los usos de Internet han cambiado profundamente durante la última década.⁹ En 1992, solamente se le utilizaba como de folletería o como un medio de publicidad. La segunda tendencia por 1996 era utilizar el Internet en operaciones de adquisiciones de productos/servicios. Desde 1999, se está utilizando al Internet para procesos entre empresas. Esto ha dado origen a la filosofía del e-Business que está cambiando la manera de hacer negocios y que impone retos considerables a la comunidad legal mundial.

Hoy en día, todo mundo sabe la era única que la humanidad está viviendo en esta Revolución Electrónica. La Revolución Electrónica ha tenido un impacto en todos los aspectos de la vida humana, no únicamente en las áreas comerciales/negocios. Piense acerca de la importancia del Internet en países donde todos los demás medios de comunicación se encontraban censurados y, a través del correo electrónico, las violaciones a los derechos humanos fueron mostradas al mundo. Como referencia, la población mundial de Internet a enero de 2000 se estimó en 242 millones.¹⁰

Algunos indicadores estadísticos pueden ilustrar mejor la importancia del e-Business. Se estima que los consumidores (B2C) para el último trimestre del año 2001 pretenden gastar \$16 mil millones de dólares de E.U.A. vía Internet.¹¹ Para el año 2004, el comercio por Internet se estima alcanzará los \$2.5 billo-

⁹ FINGAR, *et alli*, p. 53.

¹⁰ CommerceNet, *Worldwide Internet Population* (<http://www.commerce.net/research/stats/wwstats.html>: último acceso el 5 de octubre de 2001).

¹¹ Information Technology Association of America, *B2C e-Data: Yahoo!/ACNielsen Internet Confidence Index Rises Five Points Indicating Consumer Attitudes and Confidence in E-commerce Services Strengthening*, septiembre de 2001 (<http://www.ita.org/isecc/pubs/ecurrent.cfm>: último acceso el 5 de octubre de 2001).

nes de dólares de E.U.A., correspondiendo el 13% a B2C y el 87% a B2B.¹² En América Latina solamente, los compradores por Internet en el año 2001 se estimaba en 3.86 millones, esperando un incremento para el año 2005 a 20.82 millones de compradores por Internet.¹³

B. *Mercados Cibernéticos (Marketplaces) y Centros e-Business (e-Businessplaces)*

Los mercados cibernéticos (*Marketplaces*) son mercados electrónicos que permiten que las ventas/compras se realicen a través del Internet. Los mercados cibernéticos hacen posible que los clientes y proveedores se reúnan independientemente de su ubicación geográfica. Sin embargo, la evolución en esta era electrónica es constante y los Centros e-Business (*e-Businessplaces*) cobran fuerza. Los Centros e-Business son ambientes electrónicos donde se encuentra toda la cadena de valor de una empresa (por ejemplo, asesores legales, proveedores, recursos humanos, clientes, procesos financieros). Según se alinean los diferentes procesos de las empresas (por ejemplo, proveedores, clientes, socios), los Centros e-Business hacen posible que las compañías obtengan ventajas de sus sinergias.

C. *"Click-and-Brick"*

En un principio, el e-Comercio se utilizó por empresas sólidas ("*brick-and-mortar*") y por empresas de Internet de reciente creación ("*click companies*" o ".*coms*"). Las empresas "*brick-and-mortar*" son compañías que conocían sus productos/servicios, su mercado (distinto del mercado electrónico), y sus clientes, al mismo tiempo que tenían canales de distribución tradicionales y nombres/marcas comerciales. Para la mayoría de las empresas "*brick-and-mortar*", su participación en el Internet era un asunto obligatorio.

En general, las empresas .*com* tenían los conocimientos tecnológicos y algunas competían arduamente con las empresas "*brick-and-mortar*" (por ejemplo, el caso de Amazon y Barnes and Noble). Dicha competencia forzó a algunas importantes empresas "*brick-and-mortar*" a incursionar en el Internet. Durante la fiebre de las .*com*, tal como pasó en la fiebre del oro, muchas .*coms* se crearon, sin contar con la infraestructura y activos necesarios para mantener el negocio a largo plazo.

Actualmente, en vez de meras "*click companies*" o empresas "*brick-and-mortar*", la tendencia es hacia las empresas "*click-and-brick*". Una empresa

¹² World Information Technology and Services Alliance, *Digital Planet 2000-The Global Information Economy*, basado en una investigación realizada por International Data Corporation, noviembre de 2000, p. 14.

¹³ IDC Latin America. Analistas: MARC ALEXANDER, ANNIKA ALFORD Y ANNA GIRALDO KERR, *Latin America Internet Economy: Latin America Internet Commerce Market Model*, marzo de 2001, volumen I, IDC#LA1142G, p. 32.

"click-and-brick" es una empresa que tiene una presencia física, conocimiento del mercado y de sus clientes, cuenta con canales tradicionales y, además, lleva a cabo e-Comercio.

D. Factores, Desincentivadores y Bases

Entre los factores que promueven el e-Business se encuentran el mejoramiento de la infraestructura de telecomunicaciones, el desarrollo de una cultura de e-Comercio, y el surgimiento de empresas *"clic-and-brick"*. Por otra parte, los desincentivadores del e-Business son básicamente cuestiones de seguridad y, en ciertos casos, la ausencia de regulación y la falta de familiaridad con el e-Business (por ejemplo, usuarios residenciales).

Las bases del e-Business son la globalización y la estandarización. La globalización es definitivamente la premisa básica para llevar a cabo un exitoso e-Business. La globalización incluye tener un pronóstico de ventas global, pronósticos e iniciativas de ventas globales, inventario global, precios, prácticas y contratos globales. La globalización afecta tanto interna como externamente a las áreas de cualquier negocio, incluyendo a los departamentos legales.

La estandarización también es una base importante para una efectiva implementación del e-Business. Por lo cual, una persona que pretenda estar dentro del e-Business tendrá que estandarizar prácticas, procesos y contratos, y, según sea el caso, aceptar la estandarización de otros participantes del e-Business. De lo contrario, la eficiencia en cuanto a costo y la velocidad del e-Business se vería obstaculizada.

III. IMPORTANCIA DEL MANEJO DE RIESGOS PARA LOS CONTRATOS VÍA INTERNET

A. Disposiciones del e-Business

Para efectos de este ensayo, se entiende por disposiciones del e-Business aquellas relacionadas con el e-Comercio, la firma electrónica, mensajes de datos electrónicos y su valor probatorio, protección al consumidor, disposiciones de privacidad, fiscales y de seguridad relacionadas con el e-Comercio.

A pesar de la pretendida globalización mundial, las disposiciones del e-Business no son consistentes en los países. Algunos países han adoptado conceptos derivados de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), otros países están discutiendo las disposiciones del e-Business y está pendiente la aprobación de la entidad gubernamental respectiva. Los países que han adoptado disposiciones del e-Business, han promulgado una Ley de Comercio Electrónico (o similar) o bien, han modificado leyes existentes (por ejemplo, códigos civiles y de comercio, ley de protección al consumidor).

Las disposiciones del e-Business imponen un gran reto a los creadores de leyes. Mucha regulación rompería el dinamismo del e-Business, y la ausencia de regulación o una mínima regulación podría no ofrecer la seguridad jurídica requerida por los participantes (actuales y potenciales) de los Centros e-Business.

Las preocupaciones de los legisladores están lejos de ser insignificante y surge de una gran variedad de áreas, incluyendo, seguridad, prácticas monopólicas y competencia económica, prueba y valor probatorio, integridad y autenticidad, fraudes electrónicos, privacidad de datos, violaciones de propiedad intelectual e industrial. La necesidad de ideas y alternativas creativas para solucionar estas preocupaciones o al menos reducir los riesgos, han unido a técnicos, personas de negocios, catedráticos y abogados.

A fin de referirnos a los Contratos vía Internet de manera global y a menos que se indique expresamente lo contrario, se harán determinadas presunciones para efectos prácticos basados en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL, la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la UNCITRAL y la Guía para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico ("OECD").

B. Generalidades

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL está basada en un enfoque del equivalente funcional que analiza los propósitos y funciones de los requisitos tradicionales de la utilización de documentos en papel con la finalidad de determinar cómo se pueden cumplir con dichos propósitos o funciones a través de técnicas de comercio electrónico (por ejemplo, un documento legible para todos, que se preserve inalterado, que permita su reproducción, en el cual los datos se puedan autenticar por una firma, y en una forma aceptable para las autoridades públicas).¹⁴ Consecuentemente, los documentos digitales y las firmas digitales no deben necesariamente ser análogas a los documentos físicos y a la firma manuscrita, siempre que sirvan para las mismas funciones que los documentos físicos y las firmas manuscritas.

La oferta y aceptación son esenciales para cualquier tipo de operación comercial. ¿El e-Business cambia el principio de oferta y aceptación? La respuesta es no. El e-Business no cambia el principio de oferta y aceptación, sino que proporciona nuevos canales de expresión o comunicación: medios electrónicos y digitales. Algunas jurisdicciones pueden requerir que las partes acuerden previamente la utilización de medios electrónicos como una manera de otorgar el consentimiento. En otras jurisdicciones (por ejemplo, Ontario, Cana-

¹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico"* (1996), Sección E, punto 16 (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>).

dá), el consentimiento para utilizar documentos electrónicos se puede inferir de la relación entre las partes.¹⁵ Respecto a entidades gubernamentales o públicas, algunas leyes exigen requisitos adicionales o bien, el consentimiento expreso del gobierno para aceptar las comunicaciones electrónicas y obligarse por otros mensajes digitales.

Aun cuando existen variaciones entre los sistemas jurídicos (por ejemplo, el sistema de derecho civil *versus* el sistema de derecho común), la mayor parte de los contratos no necesitan constar por escrito para surtir sus efectos legales. No obstante lo anterior, con fines probatorios, comúnmente, las partes tienden a establecer los términos y condiciones de cualquier acuerdo por escrito. El término por escrito generalmente evoca a aquél plasmado en un documento físico. Sin embargo, actualmente “por escrito” puede perfectamente referirse a escrito en un medio digital.

La premisa básica de las leyes sobre e-Comercio es que a la información generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos u otro medio tecnológico, no se le negará efectos legales, validez o exigibilidad únicamente porque haya sido generada por dichos medios. El apartado D siguiente, versará sobre la exigibilidad y el valor probatorio.

Se requiere comúnmente una firma para demostrar que el documento escrito es atribuible a una persona determinada. Una firma realizada por medios digitales es aceptada, siempre que: *i*) la firma se utilice para identificar y esté vinculada al firmante, *ii*) sea utilizada para indicar su aprobación, *iii*) sea confiable según fuera apropiado a la luz de las circunstancias, *iv*) la firma estaba en control del firmante, y *v*) cualquier alteración de la firma sea detectable.¹⁶

Para que una firma electrónica tenga los mismos efectos legales que la firma manuscrita, algunos países requieren que una entidad certificadora emita un certificado o cree la firma. Las entidades certificadoras tendrán que cumplir con requisitos específicos para estar autorizados para emitir certificados digitales.

En relación con firmas y documentos electrónicos, una preocupación permanente y vigente ha sido si se deben incluir requisitos precisos para proporcionar seguridad jurídica, a pesar de que el dinamismo del e-Comercio se disminuiría, o bien, promulgar leyes que únicamente establezcan lineamientos muy generales aun cuando se pudiera reducir la seguridad jurídica. Algunos ejemplos de cómo se han incorporado las firmas electrónicas/digitales a la legislación local de ciertos países ilustrarán mejor este punto.

¹⁵ THOMAS MCCARTHY, *Terms of Use/Terms of Sale: The Content of e-Contracts*, ensayo presentado en la conferencia “Electronic Commerce: Getting Down to e-Business” en Georgetown University Law, 26-28 de octubre de 2000.

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.”*

Colombia fue el primer país de América Latina que aprobó legislación relativa a e-Comercio y firmas digitales.¹⁷ La firma digital es una presunción de la intención del firmante. Sin embargo, para que la firma digital surta los mismos efectos legales que una firma manuscrita, debe cumplir con ciertos requisitos (por ejemplo, la firma debe ser única para el firmante; debe ser comprobable; debe estar bajo el control exclusivo del firmante; estar vinculada a la información en forma tal que si se modifica dicha información, entonces la firma digital se anula; se cumple con las regulaciones gubernamentales). Las regulaciones¹⁸ establecen lineamientos para el uso práctico de las firmas digitales, así como los requisitos para ser una autoridad certificadora de firmas digitales.

España aprobó una ley que hace una distinción entre la firma electrónica y la firma electrónica avanzada. La firma electrónica es un conjunto de datos (datos electrónicos, adjuntos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente a otros datos electrónicos) que permiten identificar formalmente al autor del documento, en tanto que la firma electrónica avanzada es una firma electrónica creada por el firmante a través de medios bajo su control exclusivo, vinculada únicamente al mismo y a los datos correspondientes, y que permite que cualquier modificación a éstos sea detectable. Adicionalmente, para que una firma electrónica avanzada surta los mismos efectos legales que una firma manuscrita, dicha firma debe basarse en un certificado reconocido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado, y que el dispositivo de seguridad para la creación de la firma esté certificado por la autoridad.

En México, la ley acepta la firma digital siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, sea atribuible al firmante y sea accesible para ulterior consulta.

Finalmente, un aspecto muy importante para considerar es que cualquier ley o reglamento debe ser tecnológicamente neutro. De otra manera, las disposiciones serían obsoletas en el futuro inmediato, pueden surgir cuestiones de prácticas monopólicas o que afecten la libre competencia, y el dinamismo del e-Business estaría en riesgo.

C. *Contratos vía Internet*

Los Contratos vía Internet no deben diferir de los contratos tradicionales, excepto por determinados aspectos que se resaltan dentro de la Guía para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico de la OECD y dentro de las guías de otras organizaciones, y que han sido incorporadas en la mayor parte de las jurisdicciones dentro de las leyes de protección al consumidor. El e-Comercio debe ser transparente para los consumidores, debe otorgar al menos la misma protección al consumidor que cuando se realizan ope-

¹⁷ Ley 527 de 1999 de Colombia (18 de agosto).

¹⁸ Decreto número 1747 de 2000, de Colombia (11 de septiembre) regula aquello relacionado con entidades de certificación, certificados y firmas digitales.

raciones comerciales por otros medios y debe ser conforme a las prácticas justas de negocios, publicidad y mercadotecnia.¹⁹

Primero que nada, una tienda en Internet debe al menos proporcionar al consumidor: *i)* la información del negocio (por ejemplo, nombre, ubicación o dirección física, correo electrónico, teléfono), *ii)* un medio de comunicación sencillo y efectivo, *iii)* información acerca de los mecanismos de seguridad y autenticación que se están utilizando, *iv)* las principales características de los productos/servicios, *v)* el precio y otros costos relacionados (por ejemplo, costos de seguros, de envío, de correo), *vi)* la moneda y, en su caso, el tipo de cambio, *vii)* opciones de pago, *viii)* el plazo de la oferta y vigencia de los precios, *ix)* aviso de los términos de envío, en su caso, *x)* ley y jurisdicción,²⁰ y *xi)* el lugar para emplazar a juicio.

Pueden surgir controversias importantes respecto a la ley y jurisdicción aplicable en un Contrato vía Internet. Aun cuando dichos temas se encuentran fuera del alcance de este ensayo, como ejemplo, la ley del estado de Iowa, E.U.A., anula cualquier cláusula que pretenda aplicar a un residente de Iowa la Ley Uniforme sobre Operaciones de Información y Cómputo de E.U.A. (*Uniform Computer Information Transaction Act "UCITA"*). Por lo tanto, la ley y jurisdicción aplicable tendrá que considerarse tanto desde la perspectiva nacional como la internacional.

Los materiales o información de publicidad y mercadotecnia deberán estar claramente identificados como tales, y no se deberán mostrar en una manera que pudiera interpretarse como que forman parte de los términos y condiciones del Contrato vía Internet.

Los Contratos vía Internet deben estar redactados en un lenguaje sencillo y comprensible. Recuerde que los Contratos vía Internet están dirigidos a los consumidores, tanto personas físicas como empleados de empresas, que la mayoría de las veces no son abogados. Los Contratos vía Internet tienen una fuerte semejanza a los contratos de adhesión. Por lo cual, un lenguaje simple y sencillo en un Contrato vía Internet podría ayudar al proveedor en un potencial litigio, mientras que el uso de un lenguaje demasiado jurídico o técnico podría afectar al proveedor.

Las condiciones especiales, garantías y renunciaciones deben establecerse de manera clara e indubitable. Las renunciaciones, tal como limitaciones de responsabilidad del proveedor, deben resaltarse (por ejemplo, utilizando letras mayúsculas, negritas y/o subrayado). Cualquier política o disposición de cancelación o terminación se debe describir, y cualquier restricción (por ejemplo, restricción geográfica, necesidad de aprobación de los padres) se debe mencionar expresamente. Un punto importantísimo que se debe tomar en cuenta es que en cier-

¹⁹ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* (<http://www.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf>).

²⁰ FRED VON LOHMANN, "Software Hardball-The Tech Industry's Effort to Box in Computer Users", *California Lawyer*, junio de 2001, p. 40.

tos países, si una de las partes incumple el contrato, la terminación o rescisión debe ser determinada por los tribunales y no le es posible a la parte afectada por el incumplimiento declarar unilateralmente la terminación o rescisión.

Los Contratos vía Internet pueden actualizarse o modificarse muy fácilmente, con nuevas versiones o versiones corregidas. Si tal es el caso, se debe prestar especial atención a tener todas las versiones, específicamente identificarlas y registrar las fechas en las que cada una de las versiones se encontraba en el Internet.

Después de que un cliente ha seleccionado los artículos que él/ella pretende comprar, el texto del Contrato vía Internet debe aparecer completamente en la página de Internet donde él/ella seleccionaron los productos/servicios descritos, o bien, el Contrato vía Internet deberá estar accesible de una manera muy sencilla (por ejemplo, a través de un vínculo o *link*). Este proceso de confirmación permitiría al cliente revisar nuevamente los términos y condiciones del Contrato vía Internet. Una vez que el cliente ha revisado o recorrido el Contrato vía Internet, él/ella debe tener la alternativa de rechazar su pedido o expresar su consentimiento a través de un click.

Es necesario que los proveedores a través de Internet conserven un registro del Contrato vía Internet que muestre la hora, día y la identidad del cliente. Es importante que el cliente tenga la posibilidad de conservar el Contrato vía Internet, ya sea mediante su impresión o almacenándolo electrónicamente. Finalmente, es una práctica recomendable para los proveedores el enviar un mensaje de correo electrónico confirmando el pedido y adjuntando el Contrato vía Internet.

Las leyes de protección al consumidor de algunos países establecen un periodo de aceptación o similar que deberá considerarse. Por ejemplo, las Disposiciones de Protección al Consumidor (Ventas a Distancia) de 2000 del Reino Unido proporcionan al consumidor el derecho de cancelar el contrato dentro de ciertos periodos de tiempo (por ejemplo, para el suministro de bienes, siete días hábiles a partir de la entrega de los bienes; para servicios, siete días hábiles a partir de la fecha en que el contrato se celebra).²¹

Los Contratos vía Internet deben de al menos cumplir con las leyes de protección al consumidor y demás disposiciones aplicables. En Reino Unido la oficina de *Fair Trading* llevó a cabo una investigación de los negocios que vendían a través de páginas de Internet. 52% de las 637 páginas de Internet de Reino Unido revisadas no proporcionaban a los consumidores con la información requerida por ley.²² Las autoridades de protección al consumidor deben realizar revisiones de las páginas de Internet que venden productos/servicios a través de Internet, y deben hacer las recomendaciones a los negocios propietarios de dichas páginas de Internet que los ayuden a cumplir con la ley

²¹ JAYNE DYE, "Consumer Law-Distance Selling", *IT Law Today*, julio-agosto de 2001, volumen 9, número 7, p. 10.

²² JAYNE DYE, p. 9.

y, al mismo tiempo, proporcionen confianza a los consumidores a través del e-Comercio.

Los Contratos vía Internet no deben ser diferentes de los contratos que se utilizan para operaciones fuera de Internet, y deben tener el texto completo de los contratos. El e-Business presupone la utilización de procedimientos y contratos estándares. Si el Contrato vía Internet difiere de los términos y condiciones de los contratos tradicionales, ¿no sería esto una práctica injusta a nuestros clientes a través del Internet? ¿Podría un tribunal interpretar esto como una violación a los consumidores? ¿Obstaculizaría esto el e-Comercio?

D. Exigibilidad y Prueba

El Contrato vía Internet cumple con todos los requisitos legales y las disposiciones en materia de protección al consumidor. El cliente tuvo acceso al Contrato vía Internet, revisó su pedido, aceptó todos los términos y condiciones, y él/ella tuvo la facultad de retener el documento. El cliente incumplió con los términos del Contrato vía Internet, ¿cómo puedo hacer exigible dicho contrato? ¿Qué tipo de pruebas pueden presentarse ante los tribunales?

Generalmente, para iniciar cualquier procedimiento judicial se necesitan los documentos originales. Respecto a documentos electrónicos, ¿qué se debe considerar como el documento original? El documento creado originalmente muy probablemente no se pueda diferenciar de copias posteriores. A través del enfoque del equivalente funcional, se determina que la razón para solicitar los documentos originales es para evitar cualquier alteración de la intención de las partes establecidas en los mismos. Por lo cual, un documento electrónico será considerado como un documento original, si existe seguridad confiable de su integridad, esto es, que el documento electrónico esté completo y no haya sido alterado.

Más aún, cuando la ley requiere que se conserven ciertos documentos, un documento electrónico se considerará como conservado cuando: *i)* esté accesible para utilizarse posteriormente como referencia, *ii)* se mantenga en el formato en el cual se generó, envió o recibió la información, o en el formato que refleje fielmente dicha información, y *iii)* permita la identificación del origen, destino, fecha y hora del documento electrónico.²³

El valor probatorio otorgado a un documento electrónico, se basa tomando en consideración cualquier factor relevante y la confiabilidad de la manera en la que: *i)* el documento electrónico fue generado, almacenado o comunicado, *ii)* se mantuvo su integridad, y *iii)* se identificó a su creador.

El valor probatorio será evaluado en definitiva por los tribunales/árbitros considerando todas las circunstancias, documentos y comunicaciones entre las partes. En cada caso, los tribunales/árbitros, con la opinión de expertos y pe-

²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, artículo 10.

ritos, darán luz respecto a la manera en que dichas disposiciones deben interpretarse y cuál será el valor probatorio de los documentos electrónicos. Están surgiendo nuevas tecnologías y canales de comercio, y los tribunales/árbitros jugarán un papel preponderante en el desarrollo del e-Business.

IV. RECOMENDACIONES

Demasiada regulación le quitaría el dinamismo del e-Business, y la ausencia de regulación o mínima regulación probablemente no ofrecería la seguridad jurídica que los participantes (actuales y potenciales) necesitan en los Centros e-Business.

Los Contratos vía Internet no deben diferir de los contratos que se utilizan para operaciones fuera de Internet, y deben redactarse con un lenguaje sencillo, comprensible y sin tecnicismos.

Cualquier condición especial, garantías y renunciaciones deben establecerse de manera clara e indubitable. Las renunciaciones, tal como limitaciones de responsabilidad del proveedor, deben resaltarse (por ejemplo, utilizando letras mayúsculas, negritas y/o subrayado). Cualquier política o disposición de cancelación o terminación se debe describir, y cualquier restricción (por ejemplo, restricción geográfica, necesidad de aprobación de los padres) se debe mencionar expresamente.

La ley y jurisdicción aplicable se deberá considerar tanto desde la perspectiva nacional como la internacional.

Los materiales o información de publicidad y mercadotecnia no se deberán mostrar en una manera que pudiera interpretarse como que forman parte de los términos y condiciones del Contrato vía Internet.

Para el caso de que los Contratos vía Internet se modifiquen, todas las versiones de éstos deben estar identificadas y se deberán registrar las fechas en las que cada versión se utilizó en el Internet.

El texto de los Contratos vía Internet debe aparecer completamente en la página de Internet donde esté la descripción de los productos/servicios seleccionados por el cliente, o bien, el Contrato vía Internet debe estar accesible de una manera sencilla (por ejemplo, a través de un vínculo o *link*). Una vez que el cliente ha recorrido el Contrato vía Internet, él/ella debe tener la alternativa de rechazar su pedido o expresar su consentimiento a través de un click. Una práctica recomendable para los proveedores es el enviar un mensaje de correo electrónico confirmando el pedido y adjuntando el Contrato vía Internet.

Se debe conservar un registro del Contrato vía Internet que muestre la hora, la fecha y la identidad del cliente, además de que el cliente debe tener la posibilidad de conservar el Contrato vía Internet, ya sea imprimiéndolo o conservándolo en un registro electrónico.

Algunos aspectos a considerar que pueden variar de país en país, son
i) necesidad de consentimiento expreso y previo para que las operaciones electrónicas

nicas sean obligatorias para las partes, ii) periodo de aceptación de productos/servicios, y iii) que para dar por terminado un Contrato vía Internet probablemente sea necesario que un tribunal lo declare.

Los Contratos vía Internet deben al menos cumplir con las leyes de protección al consumidor y demás disposiciones aplicables. Las autoridades de protección al consumidor deben realizar revisiones de las páginas de Internet que venden sus productos/servicios a través de éstas, y deben hacer recomendaciones a los negocios propietarios de dichas páginas de Internet que los ayuden a cumplir con la ley. Esto contribuirá a que los consumidores confíen en el e-Comercio.

Los planes de manejo de riesgos e-Business deben considerar la naturaleza de los productos o servicios contratados vía Internet. Las obligaciones del cliente y las responsabilidades potenciales del proveedor serán determinadas por el producto o servicio correspondiente.

Los tribunales y árbitros ante casos sobre exigibilidad y valor probatorio de los Contratos vía Internet deberán considerar todas las circunstancias relacionadas, así como la opinión de expertos y peritos. Los tribunales y los árbitros jugarán un papel decisivo en el desarrollo del e-Business.

Finalmente, el e-Business actualmente es una fuente de preguntas y preocupaciones ilimitadas, mientras que provee pocas respuestas finales. Sin embargo, el e-Business debe vivirse por todos los participantes. El asumir el riesgo de vivir el e-Business impone grandes retos y compromisos de los abogados para contribuir con alternativas nuevas y creativas.

FUENTES DE INFORMACIÓN Y BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos.

AZUELA, CARLOS, Entrevista personal en Oracle de México. 5 y 12 de octubre de 2001.

BARRENECHEA, MARK J., *E-Business or Out of Business*, Nueva York, E.U.A., McGraw-Hill, 2001.

Basel Committee on Banking Supervision-Bank for International Settlements, *Risk Management Principles for Electronic Banking*, Mayo de 2001 (<http://www.bis.org/publ/bcbs82.pdf>).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico" (1996)*, (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>).

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)*, (<http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), *Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)*, (<http://www.uncitral.org/>).
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías*. Viena, Austria, 11 de abril de 1980.
- Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas* (<http://www.wipo.org>).
- CORDERO, JAVIER, Entrevista personal en Oracle de México. 5 y 12 de octubre de 2001.
- DYE, JAYNE, "Consumer Law: Distance Selling", *IT Law Today*, julio/agosto de 2001, volumen 9, número 7, pp. 9-11.
- European Commission Information Society (<http://europa.eu.int/ISPO/ecommerce>).
- Financial Services Authority, *The FSA's approach to the regulation of e-commerce*, Londres, Junio de 2001 (<http://www.fsa.gov.uk/pubs/discussion/dp6.pdf>).
- HALL, PETER, "E-Commerce: The FSA's Approach to the Regulation of e-Commerce", *IT Law Today*, Septiembre de 2001, volumen 9, número 8, pp. 3-5.
- FINGAR, PETER, HARSHA KUMAR and TARUN SHARMA, *Enterprise e-Commerce*, Tampa, E.U.A., Meghan-Kiffer Press, 2000).
- HOCKEY, JOE, *Building Consumer Sovereignty in Electronic Commerce: a Best Practice Model for Business*, Commonwealth de Australia, Mayo de 2000 (<http://www.treasury.gov.au>).
- Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (<http://www.icann.org/>).
- Netscape – página de Internet (<http://home.netscape.com/security/basics/index.html>).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues*, Ginebra, Mayo de 2000 (<http://ecommerce.wipo.int>).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *WIPO Copyright Treaty and the Agreed Statements of the Diplomatic Conference that Adopted the Treaty and the Provisions of the Berne Convention (1971) referred to the Treaty* (<http://www.wipo.org>).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *The Management of Internet Names and Addresses: Intellectual Property Issues – Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process*, Ginebra, 30 de abril de 1999 (<http://wipo2.wipo.int>).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *The Recognition of Rights and The Use of Names in the Internet Domain Name System – Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process*, Ginebra, 3 de septiembre de 2001 (<http://wipo2.wipo.int>).

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* (<http://www.olis.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf>).

POPLACK, MICHAEL, Entrevista telefónica, 18 de octubre de 2001.

SUÑÉ LLINÁS, EMILIO, "Documento Digital y Firma Electrónica", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo-abril de 2000, III Época, No. 2, pp. 209-241.

VON LOHMANN, FRED, "Software Hardball – The Tech Industry's Effort to Box In Computer Users", *California Lawyer*, Junio de 2001, pp. 40, 42 y 76.

Western Australian e-Commerce – página de Internet (<http://ecommercecentre.online.wa.gov.au/matrix/sec-risk.htm>).