

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

Derecho uniforme del comercio electrónico en la Comunidad Andina

Hugo Polanco López





Derecho y Sociedad

8

Hugo Polanco López

DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA COMUNIDAD ANDINA



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2020



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

***Derecho uniforme del comercio electrónico
en la Comunidad Andina***

Hugo Polanco López

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-534-9

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-984-8

Derechos de autor: 058326

Depósito legal: 006584

Impreso en Ecuador, marzo de 2020

Producción editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*
Annamari de Piérola, jefa de Publicaciones; Shirma Guzmán, asistente editorial;
Patricia Mirabá, secretaria

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

La versión original del texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión por pares, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	9
Agradecimientos	11
Abreviaturas	13
Prólogo	17
Introducción	23
<i>Capítulo 1</i>	
EL DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL	27
Armonización y unificación del derecho	27
Antecedentes del derecho uniforme del comercio internacional	31
Causas del derecho uniforme del comercio internacional	38
Desarrollo del comercio internacional	38
Inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos	47
Insuficiencia de los métodos del derecho internacional privado	49
Autonomía de la voluntad	49
Normas del derecho internacional privado	55
Unificación del derecho internacional privado	57
La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	57
La Unión Europea (Convenio de Roma — 1980— y Reglamento 593/2008)	59
La CIDIP (Convención de México, 1994)	61
Insuficiencia de la nueva <i>lex mercatoria</i>	64
Críticas al derecho uniforme	70
Instrumentos normativos del derecho uniforme	73
Leyes modelo	73

Convenciones	78
Diferencias específicas entre las leyes modelo y las convenciones	82
Guías legislativas	85
Guías jurídicas	87

Capítulo 2

**LAS AGENCIAS REGULADORAS
Y SUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS** 91

Las agencias reguladoras 91

**La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
Internacional (CNUDMI / UNCITRAL)** 93

Origen y características 93

Instrumentos normativos de la CNUDMI 99

**El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho
Privado (UNIDROIT)** 100

Origen y características 100

Instrumentos normativos de UNIDROIT 103

Los principios sobre los contratos comerciales internacionales 104

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) 113

Origen y características 113

Instrumentos normativos de la CCI: Los Términos Internacionales de
Comercio (INCOTERMS) 115

Capítulo 3

**EL DERECHO UNIFORME
DEL COMERCIO ELECTRÓNICO** 121

Comercio electrónico 121

Principios del derecho del comercio electrónico 132

La equivalencia funcional y no discriminación 132

La neutralidad tecnológica 138

No alteración del derecho de obligaciones y contratos 140

Libertad contractual o negocial (libertad de contratación-libertad de
configuración-libertad de forma) 142

Derecho uniforme del comercio electrónico	145
Leyes modelo	148
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)	149
Ley Modelo de la CNUMDI sobre Firmas Electrónicas (2001)	153
Convención de las Naciones Unidas sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)	157
<i>E-Terms</i> de la CCI (2004)	162
Principios de UNIDROIT y la contratación electrónica	164
Las comunicaciones electrónicas y la Convención de Viena (1980)	167
Lex electrónica	177

Capítulo 4

**LAS LEYES MODELO DE LA CNUDMI
Y EL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO
EN LA COMUNIDAD ANDINA** 181

El derecho del comercio electrónico en la Comunidad Andina	181
Desempeño de los principios del comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina	198
Equivalencia funcional y no discriminación	198
Documento escrito	199
Documento original	206
La noción de firma	211
Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos	217
El empleo de las comunicaciones electrónicas en la formación de los contratos	224
Desempeño del principio de equivalencia funcional y no discriminación en los países de la Comunidad Andina	227
Neutralidad tecnológica	228
Los mensajes de datos	228
La firma electrónica	231
Desempeño del principio de neutralidad tecnológica en los países de la Comunidad Andina	234
No alteración del derecho de obligaciones y contratos	235
Formación y validez de los contratos	235

Firma electrónica	243
Acuse de recibo	244
Desempeño del principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos en los países de la Comunidad Andina	246
Libertad contractual	247
Desempeño del principio de libertad contractual en los países de la Comunidad Andina	250
Elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico	251
Atribución de los mensajes de datos	252
Acuse de recibo	254
Tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos	258
Desempeño de los elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico en los países de la Comunidad Andina	263
Recomendaciones para fortalecer la armonización del comercio electrónico en los países de la Comunidad Andina	264
Conclusiones	271
Bibliografía	277

*Por su constante motivación y apoyo,
dedico esta obra a mis padres,
Armando y Amparo
A mi hermana, Luz Amparo.
A mis hijos, Juan Pablo y Manuela
A mi esposa, Camila.*

Agradecimientos

A la Universidad del Cauca (Colombia), y en ella a los profesores del Departamento de Derecho Privado y a las autoridades administrativas de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, por brindar el apoyo necesario para culminar el presente estudio.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, excepcional espacio para la reflexión constante acerca de los retos que los cambios sociales imponen al derecho. A la directora del Doctorado en Derecho, doctora Claudia Storini, por sus enseñanzas y por el interés en publicar esta obra.

Al doctor Francisco Oliva Blázquez, por sus aportes y acertadas observaciones que fueron claros derroteros en la construcción de esta investigación.

A mi familia, por su constante motivación y respaldo incondicional, que me hicieron perseverar en este propósito que hoy se materializa. Por su compañía en todo el proceso. Por su comprensión ante mi dedicación al desarrollo del presente proyecto académico.

Abreviaturas

AFTA	Asociación de Libre Comercio de la ASEAN
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
APEC	Fondo de Cooperación Económica Asia-Pacífico
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
ASETA	Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
BM	Banco Mundial
CAATEL	Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones
CAN	Comunidad Andina
CAME	Consejo de Ayuda Mutua Económica
CARICOM	Comunidad del Caribe
CARIFTA	Asociación de Libre Comercio del Caribe
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDIP	Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado
CISG	Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (por sus siglas en inglés)
CMSI	Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
COHADIP	Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

CUECIC	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (por sus siglas en inglés)
DPC	Declaración de prácticas de certificación
EDI	Intercambio Electrónico de Datos (por sus siglas en inglés)
EEE	Espacio Económico Europeo
EE. UU.	Estados Unidos de América
EFTA	Asociación Europea de Libre Comercio (por sus siglas en inglés)
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés)
ICP	Infraestructura de Clave Pública
IFC	Corporación Financiera Internacional (por sus siglas en inglés)
IJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
INCOTERMS	Términos Internacionales de Comercio (por sus siglas en inglés)
ISEF	Instituto Superior de Estudios Fiscales
LMCE	Ley Modelo sobre Comercio Electrónico
LMFE	Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MIGA	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (por sus siglas en inglés)
NAFTA	North American Free Trade Agreement (por sus siglas en inglés)
ODM	Objetivos de Desarrollo del Milenio
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
OIC	Organización Internacional de Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
SACU	Unión Aduanera del Sur de África

SELA	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe
TIC	Tecnologías de Información y Comunicación
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UE	Unión Europea
UEC	Universidad Externado de Colombia
UIMP	Universidad Internacional Meléndez Pelayo
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (por sus siglas en inglés)
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (por sus siglas en francés)
UPC	Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Prólogo

El libro que tengo el honor de prologar versa sobre una de las cuestiones más importantes de la economía del siglo XXI y, por ende, del moderno derecho contractual: la unificación del derecho del comercio electrónico, con especial atención, a su desarrollo en la Comunidad Andina.

La globalización de los mercados, unida a la expansión universal de internet, como medio de comunicación, y al desarrollo exponencial de incontables tecnologías (la última de ellas el 5G) y plataformas digitales (piénsese en Amazon o Alibaba, entre otras) —que permiten un acceso prácticamente ubicuo e ilimitado a dichos mercados—, ha hecho que cada vez más las clásicas operaciones de intercambio de bienes (articuladas en torno a contratos de compraventa) se lleven a cabo de forma electrónica. Las cifras demuestran que el *e-commerce* se expande rápidamente a lo largo y ancho del mundo, alcanzando en el año 2018 la cifra de 1,5 billones de dólares en ventas, según *Statista* 2019. Además, de acuerdo al informe elaborado por EAE Business School bajo el título “Situación y perspectivas del comercio electrónico minorista”, se prevé que para el año 2021 un 15 % de cuota sobre el mercado global corresponda al *e-commerce* minorista.

Este nuevo entorno tecnológico ha modificado por completo el modo de negociar: hemos pasado de los contratos realizados en plaza, de manera sincrónica y con presencia de los contratantes (modelo típico de la contratación recogido en las codificaciones decimonónicas), a los acuerdos perfeccionados a distancia, de manera diacrónica y con partes ausentes físicamente. Así pues, la sociedad se encontró súbitamente ante un nuevo paradigma de la contratación para el cual los ordenamientos jurídicos no estaban suficientemente preparados, lo que se convirtió, es obvio decirlo, en fuente de problemas e incertidumbres incontables. Por todo ello, numerosos Estados y organismos internacionales comenzaron a legislar sobre esta materia, aportando a los mercados y a los actores económicos, en general, la seguridad jurídica imprescindible para poder desarrollar el comercio electrónico de una forma adecuada. En otros términos, se llegó a la conclusión de que

era completamente necesario articular un conjunto mínimo de normas que fueran capaces de responder a los nuevos retos del comercio electrónico, lo que implicaba, a su vez, que aquellos países que no fueran capaces de llevar a buen término esta legislación quedarían abandonados en el ostracismo y, de forma inevitable, acabarían condenando a sus sociedades a un menor desarrollo económico.

Tuve la oportunidad de conocer al doctor Hugo Armando Polanco López, como alumno del Doctorado en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, de cuyo cuerpo docente tengo el honor de forma parte; me llamó la atención que tuviera completamente asumidas y asimiladas las ideas que acabo de exponer. Me propuso que le dirigiera su tesis doctoral sobre esta materia y, tras debatir las diferentes opciones de investigación que se abrían en un tema tan extenso, optamos por analizar el fenómeno de la uniformización del derecho del comercio electrónico, focalizando la atención en su desarrollo en la Comunidad Andina. De ahí la pertinencia del título de este trabajo: *Derecho uniforme del comercio electrónico en la Comunidad Andina*.

El resultado, según mi punto de vista (innegablemente parcial), ha sido excelente, puesto que el autor, como expondré a continuación, ha sido capaz de presentar un estudio profundo y completo de la materia, en el que aporta una serie de recomendaciones conclusivas de *lege ferenda* que, sin duda, contribuirán a mejorar al estado científico y legislativo de esta cuestión, muy especialmente en la región andina.

La obra inicia con un capítulo titulado “El derecho uniforme del comercio internacional”, en el que analiza con detalle en qué consiste el fenómeno de la unificación del derecho (distinguiéndolo adecuadamente de la armonización jurídica), cuáles son sus antecedentes y, entre otras cosas, cómo se expresa o exterioriza, esto es, cuáles son los instrumentos normativos de los que se vale el derecho uniforme (convenciones o tratados internacionales, leyes uniformes, guías legislativas y guías jurídicas). En cualquier caso, el lector podrá comprobar que la parte más importante del capítulo 1 se recoge en el apartado titulado “Causas del derecho uniforme del comercio internacional”, en el que se abordan, con notable claridad, las causas que han conducido históricamente a la aparición del derecho uniforme del comercio internacional. Se trata de un aporte básico para la tesis doctoral, puesto que permite comprender que la inseguridad jurídica, derivada del desconocimiento del concreto ordenamiento jurídico aplicable al contrato, es uno de los peores enemigos de los negocios internacionales, y por ello, resulta imprescindible aportar certeza a los operadores del comercio para que

puedan desarrollar sus contratos sin sobresaltos inesperados. En este sentido, cabe reseñar que los comerciantes de la Unión Europea han clasificado la dificultad que entraña investigar las disposiciones de una ley extranjera entre los obstáculos a las transacciones entre empresas y consumidores y para las transacciones entre empresas.¹

No obstante, los instrumentos que se han empleado clásicamente para otorgar seguridad (como el recurso a la autonomía de la voluntad o al derecho internacional privado) son claramente insuficientes. De ahí que el derecho uniforme aparezca como el único medio para lograr lo que cualquier empresario quiere conocer desde un principio: qué derecho regulará las transacciones económicas que lleve a cabo. El éxito global y sin precedentes que ha tenido la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés) pone de manifiesto la conveniencia de seguir trabajando en un futuro en el sector de la uniformización jurídica.

Ahora bien, ¿de dónde procede este derecho? ¿Quién y cómo genera estas normas? El lector podrá encontrar una clara respuesta a estas preguntas en el capítulo 2, en el que se analizan con detalle las llamadas “agencias reguladoras”, que son, en orden de importancia, las siguientes: La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o, en su acrónimo en español, CNUDMI), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y, finalmente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Cada uno de estos centros ha ido generando a lo largo del tiempo diferentes instrumentos normativos, como la citada CISG, los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” (PICC) y los INCOTERMS, que se aplican de forma más o menos habitual por los protagonistas del comercio internacional.

Tras estos dos capítulos de carácter introductorio (y necesario, añadiría, ya que sin ellos el lector no podría entender lo que el autor desarrolla a continuación), se inicia el estudio del derecho uniforme del comercio electrónico. En este valioso capítulo 3 el autor, tras realizar una breve exposición del fenómeno del comercio electrónico, expone los llamados principios del derecho del comercio electrónico, entre los cuales destaca, junto con el de equivalencia funcional y el de neutralidad tecnológica y el de “no alteración del derecho de obligaciones y

1 *Eurobarómetro 320 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones entre empresas de 2011, 15 y Eurobarómetro 321 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones con consumidores de 2011, 19.*

contratos". En mi opinión, se trata de uno de los principios más importantes (y desafortunadamente desconocido para muchos), ya que pone de manifiesto la idea de que no existe un derecho de la contratación electrónica propiamente dicha, sino un derecho de los contratos, a secas, que se debe adaptar puntualmente para que pueda responder a las necesidades de la contratación llevada a cabo en un entorno virtual y electrónico. Así, no hay que crear una nueva teoría de la formación del contrato (esta es única), ni un nuevo concepto de oferta y aceptación, pero sí hay que regular cuándo se entiende que ha llegado la oferta al destinatario para poder determinar el momento exacto en el que se ha perfeccionado el acuerdo contractual. En definitiva, no debemos perdernos en falsas ensoñaciones sobre la posible o deseable existencia de un moderno sistema jurídico destinado a regular la nueva realidad electrónica, sino intentar remover los obstáculos específicos que se oponen al correcto desarrollo de las transacciones comerciales electrónicas, respetando y conservando los clásicos principios del derecho de obligaciones y contratos.

El doctor Polanco López continúa exponiendo los principales textos de derecho uniforme que han afrontado la regulación del comercio electrónico a nivel global, como la Convención de Naciones Unidas sobre utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales del año 2005, los *E-terms* de la CCI de 2004 y, fundamentalmente, dos instrumentos que han tenido un importante impacto en Latinoamérica: la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas de 2001. El autor lleva a cabo una exposición clara y muy informativa de los antecedentes, el desarrollo y el contenido de cada uno de los textos citados.

En mi opinión, el capítulo 4, titulado "Las leyes modelo de la CNUDMI y el derecho del comercio electrónico en la Comunidad Andina", destaca por interesante, original y, en definitiva, por su gran aporte a la sociedad desde un punto de vista académico. A lo largo del mismo se realiza un estudio detallado de la aplicación de la que gozan los principios del derecho del comercio electrónico en los países que actualmente componen la Comunidad Andina: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. El autor analiza de forma minuciosa cada una de las leyes que en estos Estados regulan el fenómeno del comercio electrónico, con el fin de observar el modo en que se aplican e interpretan sus principios, así como de detectar las diferencias y convergencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos implicados en el

estudio. ¿Y por qué hace tal cosa el autor? Porque es la única vía que existe para comprobar hasta qué punto la Comunidad Andina cuenta o no con un derecho uniforme o, al menos armonizado, del comercio electrónico, que favorezca el intercambio virtual de bienes y servicios en la región andina, contribuyendo de esa manera a su desarrollo económico y tecnológico.

Desgraciadamente, la conclusión a la que llega el autor no es alentadora, ya que constata una preocupante ausencia de uniformidad jurídica que le lleva a afirmar que “es evidente la necesidad de una norma comunitaria que regule de manera consistente el comercio electrónico al interior de la Comunidad Andina”. Por ello, propone, entre otras medidas posibles, que la Comunidad Andina, como organización supranacional, ratifique la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). Alternativamente, sugiere a los países miembros de la Comunidad Andina que legislen sobre el comercio electrónico de forma independiente, pero teniendo en cuenta del modo más fiel y estricto posible las leyes modelo de la CNUDMI (consiguiendo una unificación indirecta o refleja de sus respectivos ordenamientos jurídicos). Finalmente, el autor lleva a cabo algunas recomendaciones de *lege ferenda* a los Estados miembros de la Comunidad Andina “en aras de incrementar el acercamiento de sus ordenamientos jurídicos y propiciar una regulación coherente del comercio electrónico”, como que la regulación del comercio electrónico no se ate a ningún tipo de tecnología en aras de facilitar su adaptabilidad (principio de equivalencia funcional), que Bolivia revise el alcance que se le ha dado a la libertad contractual o, entre otras muchas medidas, que Perú implemente correctamente el principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos. Creo que todas las recomendaciones que el autor lleva a cabo son muy razonables, sensatas y pertinentes, por lo que no tengo ninguna duda de que, caso de ser acogidas, contribuirán a incrementar la confianza en el comercio electrónico de los ciudadanos que viven en los países que conforman la Comunidad Andina.

Espero, con estas palabras introductorias, llamar la atención al futuro lector sobre el contenido de una obra que, sin lugar a duda, constituye un aporte doctrinal al estudio del derecho del comercio internacional en Latinoamérica. No quisiera terminar este breve prólogo sin felicitar al autor por la publicación de su tesis doctoral y, por supuesto, a las personas que con su buen hacer construyeron el Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador,

ya que esta obra es un éxito tangible e indiscutible de tantos años de trabajo y desvelos universitarios.

Francisco Oliva Blázquez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España)
Sevilla, en el cálido otoño de 2019.²

2 “Una serie de organizaciones internacionales tienen experiencia en la aplicación de ese método. A él se ajustó la CNUDMI al elaborar una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue aprobada por una serie de países. Hay algunas diferencias en los instrumentos nacionales aprobados por la legislación nacional en los diversos países, pero sin embargo parece ser que la utilización de este método en la CNUDMI ha tenido también sus ventajas. Hay ciertas garantías en lo que se refiere al texto; aunque el Estado que lo apruebe pueda introducir en él algunos cambios, esos cambios no serán significativos. Hay muchos motivos para pensar así y cabría tener en cuenta una serie de factores a este respecto. En particular, es importante que todos los textos, textos futuros inclusive (otra ley modelo sobre transferencias internacionales de créditos será aprobada en la reunión), sean de nuevo aprobados por la Asamblea General, después de sometidos a la consideración de todos los miembros de las Naciones Unidas. Una vez que la Asamblea General apruebe el texto, hay motivos para esperar, si luego se aprueba con arreglo al derecho interno, que el texto aprobado será el que haya elaborado la CNUDMI. Garantía importante de esto es que también los textos elaborados por la CNUDMI son textos que tratan únicamente de relaciones comerciales internacionales. De aquí que sea posible que los textos se aprueben sin que entren en conflicto las normas vigentes en determinados países. Esta especialización es una garantía de que la ley uniforme aprobada por la CNUDMI será de aprobación universal sin modificaciones sustantivas”, Sergej Lebedev, “Diversas técnicas de unificación”, 28.

Introducción

La seguridad jurídica es una de las grandes preocupaciones en el comercio internacional, ya que la multiplicidad de ordenamientos jurídicos dificulta la certeza en el tratamiento jurídico de los negocios asociados al intercambio mercantil. El derecho internacional privado ha brindado mecanismos en procura de resolver dificultades como, cuál es la ley aplicable y la jurisdicción competente, para ello, comúnmente acude a la legislación y la jurisdicción de uno de los Estados involucrados, o incluso de un tercer Estado (ley o regla de conflicto), aspectos que generalmente se determinan una vez que surgen los litigios, con resultados en ocasiones insospechados para las partes.

Para contrarrestar la falta de certeza jurídica en el comercio internacional se ha propuesto el acercamiento entre los diversos ordenamientos jurídicos, labor progresiva que va desde simples aproximaciones hasta la plena uniformidad. En estas tareas están interesados organismos internacionales de origen estatal, como las Naciones Unidas, en la que se destaca el desempeño de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por su intervención en la gestación de leyes modelo y convenciones. Asimismo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), con principios sobre contratos comerciales internacionales. Son objetivos que igualmente se han trazado algunas organizaciones internacionales privadas, tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con los términos internacionales de comercio (INCOTERMS). Los procesos de integración regional también constituyen escenarios propicios para establecer conexiones entre los ordenamientos jurídicos, a pesar de estar limitados a sus miembros.

El comercio electrónico, por su vocación internacional, involucra a varios ordenamientos jurídicos, siendo igualmente necesario determinar la ley aplicable y la jurisdicción competente, pero, por sus especificidades, con dificultades para utilizar las soluciones del tradicional derecho internacional privado.

Para reducir la inseguridad jurídica en el comercio electrónico y en la contratación electrónica, también se ha buscado acercar los diversos

sistemas jurídicos con el fin de armonizar o unificar su regulación a escala planetaria. En esa línea está la labor de la CNUDMI, que ha preparado algunos documentos relacionados con el comercio electrónico tales como: recomendaciones, leyes modelo y una convención. La CCI ha aportado con los términos internacionales de comercio electrónico (*E-Terms*). Además, en algunos procesos de integración como el de la Unión Europea, se han concretado reglamentaciones al respecto.

La regulación de los asuntos relativos al comercio electrónico es un recorrido que aún no se ha realizado en la Comunidad Andina (CAN), y tampoco se vislumbra que se realice, falencia que entorpece su avance en la región. En estas condiciones, los Estados miembros han tenido el referente global de las leyes modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI, que son un prototipo o sugerencia para la adecuación legislativa, con la posibilidad de adaptación o modificación al ser introducidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, por su carácter indicativo, es incierto el grado de armonización que se pueda lograr con las leyes modelo de comercio electrónico, ya que depende del nivel de acercamiento que se mantenga con ellas cuando son acogidas por cada país.

El objetivo central de esta investigación es determinar, en el contexto del derecho uniforme y, en particular, del derecho uniforme del comercio electrónico, la eficacia de las leyes modelo de la CNUDMI como elemento armonizador del comercio electrónico en la CAN.

En el capítulo uno se realiza una aproximación histórica y conceptual al derecho uniforme del comercio internacional. Posteriormente, se analizan las causas que lo originaron, tales como: el desarrollo del comercio internacional, la inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos, la insuficiencia de los métodos del derecho internacional privado (autonomía de la voluntad, normas del derecho internacional privado, unificación del derecho internacional privado), y la insuficiencia de la *lex mercatoria*. Seguidamente, se plantean algunas críticas al derecho uniforme del comercio internacional, para cerrar con los instrumentos normativos del derecho uniforme.

En el capítulo dos se estudian los principales actores del derecho uniforme del comercio internacional, asimismo los instrumentos jurídicos mediante los cuales se manifiestan. Con ese propósito, se aborda en primer término la CNUDMI, cómo se originó, cuáles son sus características, e instrumentos normativos. Para continuar con el UNIDROIT y los principios sobre los contratos comerciales internacionales. Se finaliza con la CCI y sus instrumentos normativos, fundamentalmente, los términos internacionales de comercio.

En el capítulo tres se estudia una de las partes del derecho uniforme del comercio internacional; la uniformización del comercio electrónico. Inicia con el concepto de comercio electrónico, características, clasificación y principios. Continúa con los principales instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico, leyes modelo, convención y términos internacionales. Además, se analizan los Principios de UNIDROIT frente a la contratación electrónica, así como las comunicaciones electrónicas respecto a la Convención de Viena de 1980. Finalmente, se formulan algunos planteamientos sobre la *lex* electrónica.

En el capítulo cuatro se determina la efectividad de las leyes modelo de la CNUDMI en la armonización del comercio electrónico en la CAN. Además, se analiza el derecho del comercio electrónico en la Comunidad Andina como organización supranacional. A continuación, se estudia el desempeño de los principios del derecho del comercio electrónico (equivalencia funcional y no discriminación, neutralidad tecnológica, no alteración del derecho de obligaciones y contratos, y libertad contractual) y los elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico (atribución de los mensajes de datos, acuse de recibo, tiempo y lugar del envío y recepción de los mensajes de datos) en las legislaciones de los países miembros de la CAN. Finalmente, se plantean recomendaciones que permitan acentuar la armonización del comercio electrónico en los países de la CAN.

Capítulo 1

EL DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Armonización y unificación del derecho

Para estudiar el concepto de derecho uniforme es pertinente establecer la relación con nociones afines a la armonización y unificación del derecho, aspectos de especial significación al interior del derecho privado y, particularmente, del derecho mercantil internacional.

Sobre los conceptos de armonización y unificación del derecho la doctrina no ha sido homogénea; un sector considera que se trata de fenómenos semejantes, como propósitos en los que participan diferentes actores.¹ Otra parte de la doctrina diferencia las nociones, indicando que la armonización se trata de un proceso de eliminación de obstáculos entre sistemas jurídicos conformado por diferentes etapas, siendo su cumbre la unificación.²

Armonización no es sinónimo de unificación; la armonización corresponde a la aproximación de criterios jurídicos, el acercamiento entre ordenamientos para que sean compatibles de tal forma que las soluciones a los litigios tengan cierta afinidad, sin que se trate de normatividad uniforme;

1 “Armonización, homogeneización, unificación, son vocablos que se enuncian a manera de sinónimos, para indicar esa finalidad en la que participan por igual gobiernos, parlamentos, comerciantes, juristas, todos advertidos de que, a la postre, es mucho más lo que hay en común, que lo que diverge y separa, en materia de régimen de la contratación”. Fernando Hinestrosa, “Los principios de UNIDROIT: Una nueva *lingua franca*”, en UNIDROIT. *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, ed., República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho (Bogotá: Imprenta Nacional, 1997), 20.

2 “La armonización es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares. Es un proceso que se da a distintos niveles, en diferentes campos del derecho y regidos por distintas pautas y principios. Este proceso se desarrolla en estadios: parte de la aceptación de institutos, luego se van acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes, sobre la base de proyectos de unificación”, Pablo Lerner, “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, n.º 111 (2004): 921. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex111/BMD11104.pdf>, consulta: 14 de enero de 2013.

en contraste, la unificación va más allá, se direcciona a la adopción de textos o normas jurídicas comunes.³

La armonización conlleva un proceso legislativo que consiste en compatibilizar disposiciones mediante la elaboración de un nuevo derecho o en el diseño de normas que posibiliten una aproximación entre sistemas jurídicos, el efecto inmediato es reducir las diferencias y las divergencias entre las legislaciones; a diferencia de la unificación, que postula en una materia específica una reglamentación idéntica, sustituye por un texto único a legislaciones disímiles anteriormente en vigor.⁴

En ocasiones se incluyen los conceptos de unificación y armonización en la idea general de “unificación internacional del derecho”, como el proceso tendiente a superar la diferencia legislativa entre Estados, pero se diferencian dos formas técnicas: 1. La unificación en estricto sentido, que sería un cuerpo legal idéntico para todos los Estados; y, 2. Armonización, con criterios de base o principios, para que cada Estado elabore un texto legal propio siguiendo las directrices marcadas a escala internacional.⁵

Se entiende conceptualmente por “armonización” el proceso por el cual pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales transfronterizas. La “unificación” puede considerarse como la aprobación por los Estados de normas jurídicas comunes aplicables a determinados aspectos de las operaciones comerciales internacionales. Una ley modelo o una guía legislativa ejemplifica el tipo

3 “Una genuina ‘unificación’ del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que pueden ser tratados o convenciones internacionales, [...] el concepto de ‘armonización’ (*rapprochement* o *Angleichung*) [...] se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado”, Alejandro M. Garro, “Armonización y unificación de derecho privado en América Latina: Esfuerzos, tendencias y realidades”, en *Saggi, Conferenze e Seminari* 5, dir. M. J. Bonell (Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html#4>, consulta: 15 de noviembre de 2011.

4 Jorge Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, en *Derecho privado. Memorias del congreso internacional de culturas jurídicas y sistemas jurídicos comparados*, coord. Jorge Adame Goddard (Ciudad de México: UNAM-III, 2005), 648.

5 “La ‘unificación internacional del derecho’ consiste en todo proceso dirigido a superar la diferencia legislativa entre los derechos de Estados distintos (M. J. Bonell). Esta ‘unificación internacional del derecho’ puede revestir dos ‘formas técnicas’: 1. *Unificación internacional del derecho en sentido estricto* (*Unification of Law*): consiste en la elaboración de un cuerpo legal idéntico para todos los Estados participantes en el proceso; 2. *Armonización internacional del derecho* (*Harmonisation of Law*): consiste en la elaboración, en el ámbito internacional, de unos ‘criterios de base’ o ‘principios’, para que, posteriormente, cada Estado elabore un ‘texto legal propio’ que, aunque sigue las directrices marcadas a escala internacional es diferente de país a país”. Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. I, 7.ª ed. (Granada: Comares, 2006), 42.

de texto cuya finalidad es armonizar el derecho interno, mientras que una convención es un instrumento internacional aprobado por los Estados para unificar el derecho a nivel internacional.⁶

Adicionalmente, se distingue el derecho unificado del derecho uniforme: derecho unificado es el resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del derecho, cristalizado por diversos caminos: leyes modelo, leyes uniformes, tratados de unificación e instrumentos propios de procesos de integración. El derecho uniforme son normas adoptadas por un grupo de Estados que desean una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas. Es el derecho unificado a través del único procedimiento: la ley uniforme, instrumentalizada a través de un tratado internacional, sin desconocer los aportes que para la unificación del derecho han hecho las leyes modelo.⁷

Ha llegado a precisarse conceptualmente que la armonización debe referirse exclusivamente a las reglas conflictuales; la uniformidad, tanto a normas conflictuales como substantivas; y la unificación, pretende eliminar conflictos de leyes con integraciones jurídico substantivas.⁸

Tanto la armonización como la unificación del derecho privado y concretamente del derecho mercantil tienen diversas vías e instrumentos: por una parte, se tiene que los procesos de integración constituyen un derrotero que posibilita tales cometidos con alcances limitados a sus miembros, la labor se concentra en los órganos supranacionales,⁹ en la Unión Europea se destaca instrumentos como los reglamentos y las directivas.¹⁰ De igual manera, se han trazado otros caminos, contando con la participación directa de los Estados, de organizaciones internacionales de origen estatal o

6 CNUDMI, “¿Qué entiende la CNUDMI por ‘armonización’ y ‘unificación’ del derecho mercantil internacional?”, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin_faq.html, consulta: 11 de febrero de 2013.

7 José Fernández Rozas, ed., *Derecho del comercio internacional* (Madrid: Eurolex, 1996), 49.

8 Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, 648-50.

9 Pérez Tremps resalta el abandono de competencias, dentro de ellas la legislativa —limitación de soberanía— a favor del ente supranacional, como primer elemento característico de la integración. Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad europea* (Madrid: Civitas, 1994), 39.

10 Unión Europea, *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, artículo 288 (antiguo art. 249 TCE): “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:ES:PDF>, consulta: 10 de diciembre de 2012.

privado y de los mismos particulares, a través de: a) *instrumentos legislativos* (en algunos casos vinculantes) como convenciones, tratados internacionales, leyes uniformes y leyes modelo; b) *instrumentos no legislativos* como recomendaciones, reglamentos, guías jurídicas, cláusulas modelo, contratos modelo, costumbres y principios del comercio internacional.¹¹

El derecho uniforme es concebido como el derecho unificado a través de ciertos instrumentos: leyes uniformes o leyes modelo. Así es entendido para autores como Fernández Rozas, en el sentido de un momento o una etapa del proceso, más exactamente su culminación, en estrecha conexión con la unificación. Por medio de diferentes caminos: a) derecho uniforme unilateral: producto de la actividad unilateral del legislador estatal, cauce más flexible de unificación del derecho (*Soft Law*), como sucede con la ley modelo; b) derecho uniforme convencional: el derecho uniforme utiliza preferentemente como cauce de positividad el tratado internacional, específicamente el de carácter multilateral, cauce menos flexible de unificación del derecho (*Hard Law*), es el caso de los convenios de derecho uniforme.¹² Está catalogado como un “derecho consolidado” o “derecho institucionalizado” por la regulación de ciertos aspectos del derecho mercantil internacional en convenciones internacionales.¹³

Otra forma de entenderlo es como una técnica de reglamentación. Su enfoque no está dado en un resultado como la unificación, sino en los medios, los instrumentos uniformes (ya sea de adopción unilateral: leyes modelo, o de adopción convencional: tratados), que permiten conseguir un

11 El Consejo de Dirección de UNIDROIT se refiere a instrumentos vinculantes y a medios no legislativos de unificación o armonización del derecho. Consejo de Dirección de UNIDROIT, “Introducción”, en *UNIDROIT Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ed. República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho (Bogotá: Imprenta Nacional, 1997), 29.

12 José Fernández Rozas, “Los procesos de unificación internacional del derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”, en *La unificación jurídica en Europa*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, ed. J. M. García Collantes (Madrid: Civitas, 1999), 29.

13 “[...] existen situaciones comerciales que tienen regulación exhaustiva en convenciones internacionales (normas supranacionales) que constituyen el denominado “derecho uniforme” y se quiera o no, son estas, [...] las normas más importantes en materia del comercio internacional, porque es “derecho consolidado” o “derecho institucionalizado”, por haber superado las etapas de la práctica, del uso, de la costumbre, de la normativización extragubernamental, de la normativización regional, para llegar a la normativización supranacional, y a su vez, proyectar sus efectos mediante penetración, en los propios espacios nacionales (modificación de leyes internas por adopción de modelos estructurados en convenciones internacionales)”; Miguel A. Piedecabras, “Contratos comerciales internacionales”, en *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, coord., Jorge Adame Goddard (Ciudad de México: UNAM-IIJ, 2005), 377.

fin, la armonización o unificación, dependiendo del alcance de cada instrumento. Esta orientación es la planteada por Illescas y Perales, para quienes el derecho uniforme es la manera como se tiende a regular las relaciones jurídicas privadas en el comercio internacional, conformado por un conjunto de normas jurídicas de origen, naturaleza y exteriorización disímil.¹⁴ La técnica consiste en regular directamente la relación jurídica internacional mediante la creación de un derecho autónomo de soluciones materiales, las “normas materiales uniformes”.¹⁵ En este sentido, existe una multiplicidad de instrumentos que pueden ser catalogados como integrantes del derecho uniforme, sin embargo, no todos ellos llevan a la unificación, algunos solo consiguen ciertos grados de armonización.

El derecho uniforme como una técnica de reglamentación, independiente de los agentes que lo promuevan (Estados, organizaciones internacionales estatales globales, regionales, o los mismos particulares), al margen de la forma de su adopción (unilateral o convencional), aparte de los instrumentos utilizados (convenciones, tratados internacionales —*Hard Law*—; leyes modelo, guías legislativas, compilación de principios, codificación de usos o prácticas, etc. —*Soft Law*—), tiene como elemento fundamental el método empleado para la ordenación de las relaciones mercantiles internacionales, pues no se remite ya a ningún ordenamiento nacional, sino que directamente procura suministrar la norma aplicable.¹⁶

Antecedentes del derecho uniforme del comercio internacional

El derecho uniforme corresponde a un proceso cuyo origen se remonta a finales del siglo XIX, como solución a los tropiezos que para el desarrollo

14 “[...] se ha venido a lo largo de las últimas décadas construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales”, Rafael Illescas y Pilar Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces / Universidad Carlos III de Madrid, 2003), 27.

15 Como parte de esas normas materiales uniformes, Marzorati, destaca: las convenciones, normas consuetudinarias publicadas por asociaciones profesionales, leyes modelo y guías legales difundidas por organizaciones de expertos. Osvaldo J. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales* (Buenos Aires: Astrea, 2003), 37.

16 Según Fernández: “[...] el derecho uniforme posee fundamentalmente un contenido material, es decir, suele suministrar la norma directamente aplicable al caso y, en consecuencia, relega de algún modo la auténtica misión del derecho internacional privado”. José Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV (Madrid: Civitas, 1996), 5210.

del comercio internacional generó la nacionalización del derecho especial de los comerciantes, el *Jus Mercatorum*.¹⁷

El *Jus Mercatorum*, que se consolida en la Edad Media¹⁸ (siglos XII-XIII), se caracterizó, además de ser autónomo, consuetudinario, corporativo y tener una organización judicial propia, por su uniformidad a nivel internacional.¹⁹

Esa tendencia a la uniformidad internacional llega a su fin cuando se consolida el concepto de Estado moderno (siglos XIV-XV) y el *Jus Mercatorum* es absorbido en virtud de la soberanía legislativa.²⁰ Cada Estado pasó a regular los asuntos atinentes al comercio desde una perspectiva del mercado interno.²¹

Las relaciones mercantiles que ponían en contacto más de un ordenamiento jurídico, generaron el cuestionamiento sobre cuál sería el aplicable. Para ello, con el uso de diferentes técnicas, cada Estado fue

17 “La ‘unificación internacional del derecho’, tal y como hoy se conoce, es un fenómeno que se inició en los últimos años del siglo XIX por motivos muy concretos. Las grandes codificaciones nacionales estatales europeas condujeron a una ‘paradoja legal’. Con tales codificaciones desapareció el Derecho Común y el *Jus Mercatorum*, que eran sistemas jurídicos hasta entonces aplicados en toda Europa, mientras que, a la vez, se pasó de una economía artesanal y agrícola a una economía industrial internacionalizada. El mundo de los negocios internacionales se encontró, así, con que la codificación ‘nacional’ del derecho era un obstáculo para su desarrollo. Por ello, a finales del siglo XIX, se impulsaron diversas iniciativas para unificar el derecho privado en el ámbito internacional”, Calvo y Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. I, 42.

18 “En la Edad Media la disgregación del poder político subsiguiente a la caída del Imperio romano de occidente, favoreció la creación de usos mercantiles uniformes entre los comerciantes de diversos países”, Joaquín Garrigues, *Hacia un nuevo derecho mercantil* (Madrid: Tecnos, 1971), 337.

19 “[...] junto con la autonomía, el *ius mercatorum* se caracterizaba por una notable *uniformidad*, que contrasta abiertamente con el particularismo territorial del derecho y la fragmentación y dislocación de los poderes políticos del marco geopolítico en que se origina (Gondra). Ello se explica por la importancia que desempeñaba el comercio entre lugares distantes y las «ferias» a las que acudían comerciantes de sitios muy distintos, lo que exigía que el nuevo derecho fuera en esencia uniforme”, Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez Sanz, *Manual de derecho mercantil* (Madrid: Tecnos, 2007), 46.

20 “El derecho mercantil, que era internacional, se hace entonces nacional y aparecen las diferencias de los sistemas legislativos según que se destaque en ellos la persona del comerciante como centro del sistema o se destaque, por el contrario, el llamado acto de comercio objetivo [...]”. Garrigues, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, 337.

21 “[...] el movimiento de nacionalización jurídica [...] estuvo motivado por diversos factores. De modo general, y recogiendo la síntesis de M. Olivencia, existió un factor político representado por la aparición potente de Estados nacionales con clara afirmación de su soberanía; un factor económico como fue la configuración de mercados nacionales; un factor ideológico representado por la defensa del preeminente protagonismo del Estado en el control y regulación del tráfico; y por último, un factor jurídico como fue el reforzamiento de la ley como fuente del derecho”. Campuzano, *La repercusión del convenio de Viena*, 22.

construyendo normas de conflicto,²² las cuales se encargaban de definir la ley nacional y la jurisdicción aplicables a las relaciones mercantiles internacionales.²³

La opción de que cada Estado tuviera sus propias normas de conflicto empezó a ser objeto de críticas, la variación de un Estado a otro de las normas de conflicto no generaba certeza jurídica en el tráfico internacional, circunstancia que hizo evidente la necesidad de aproximar las normas de conflicto que poseían los diferentes Estados. Se pensó en un derecho de los conflictos de leyes con alcance universal (1874, informe de Pascuale Mancini),²⁴ pretensión que se tornó inalcanzable, pues exigía un acuerdo de proporciones colosales. A pesar de ello, se generó el ambiente propicio para empezar a elaborar convenios internacionales de derecho uniforme sobre aspectos puntuales como la propiedad industrial (Convención de París de 1883).²⁵

En los intentos iniciales de un derecho uniforme se acudió a los instrumentos del derecho internacional público, como convenciones con fundamento en tratados internacionales (*Hard Law*). En esta labor se destaca la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que celebró su primera reunión en 1893, a iniciativa de T. M. C. Asser.²⁶ El modelo empleado en sus convenciones internacionales se centró en cómo resolver los

22 “[...] lo que hay es un derecho nacionalista, plurinacional, atomizado, peculiar de cada país; y es precisamente esta pluralidad de derechos mercantiles la que engendra graves problemas de aplicación que se resuelven por normas de conflicto: las normas del derecho internacional privado, que nos enseña cual será la ley aplicable en el caso de que el negocio jurídico esté integrado por elementos nacionales y extranjeros”. Garrigues, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, 343.

23 “Basta una rápida ojeada a las principales codificaciones estatales del siglo pasado [siglo XIX], para observar que los legisladores estatales procedieron, mediante la elaboración de reglas de conflicto, a un reparto de competencias entre las diversas leyes nacionales susceptibles de regular una relación vinculada a varias de ellas”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 37.

24 “Hace ya más de un siglo (1874) preparó Pascuale Mancini su histórico informe sobre las ventajas de hacer obligatorias para todos los Estados, un cierto número de reglas generales de derecho internacional privado a través de una o más convenciones internacionales. Dichas reglas, en la opinión de Mancini, asegurarían la decisión uniforme de los conflictos que surgen entre las diferentes legislaciones civiles y comerciales”. José Siqueiros, “La codificación del derecho internacional privado en el continente americano”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 14 (1982): 236, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr21.pdf>, consulta: 19 de febrero de 2013.

25 “El movimiento legislativo unificador en materias comerciales, con la aprobación de textos de leyes por convenciones internacionales, propuestos posteriormente a la adopción de los diferentes países, remonta a la segunda mitad del siglo XIX. Sus más claras manifestaciones se refieren al derecho industrial, al cambiario, de transportes y al derecho sobre el comercio internacional propiamente considerado, o sea, el de las compraventas internacionales de mercancías”. Jorge Barrera Graf, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías* (Ciudad de México: UNAM-III, 1965), 32.

26 COHADIP, “Una organización centenaria”, http://www.hchc.net/index_es.php?act=text.display&tid=26, consulta: 20 de febrero de 2013.

conflictos de legislaciones, un derecho conflictual uniforme (entre otros, Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales —15 de junio de 1955—, Convenio sobre Ley Aplicable a la Transferencia de la Propiedad en Caso de Venta de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales —15 de abril de 1958—). El derecho conflictual uniforme fue cuestionado porque las normas de conflicto, así fueran uniformes, aún se seguían remitiendo al derecho interno el cual no se adecuaba a las peculiaridades del comercio internacional.²⁷

Otro modelo en busca de la unificación del derecho mercantil (ya en el siglo XX), no concebido para solucionar los conflictos de legislaciones, sino desde una perspectiva material —un derecho material uniforme—, se trató de instrumentalizar con las leyes uniformes (entre otras, Convenciones de Ginebra sobre letra de cambio y pagaré de 1930, sobre cheque de 1931; Ley Uniforme Sobre Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales y Ley Uniforme Sobre Formación del Contrato de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales —1 de septiembre de 1964—), sin embargo, no arrojó los resultados esperados, principalmente porque los Estados no estaban dispuestos a ceder parte de su soberanía legislativa.²⁸

27 Esta dificultad así es expresada por Campuzano: “[...] con la norma de conflicto se desconoce la especificidad de la relación internacional, al tener como consecuencia la aplicación de las mismas disposiciones que rigen los supuestos internos. Y el problema es que el derecho contenido en los códigos nacionales puede resultar poco adecuado para enmarcar las relaciones de comercio internacional. De hecho, numerosos autores han defendido que la especificidad del comercio internacional exige normas propias y diferentes”. Campuzano, *La repercusión del convenio de Viena*, 23.

28 Sobre todo, frente a una de las versiones de las leyes uniformes, aquella que implicaba unificación material, tanto en el contexto nacional como internacional, como lo destaca Pendón: “[...] el sistema de las *leyes uniformes* [...] que garantizaban una regulación material unitaria al margen del ámbito, nacional o internacional [...], parece en la actualidad descartado, dado lo radical de su planteamiento mismo. En efecto, la incorporación de normas al ordenamiento jurídico propio de un Estado exige un acto de voluntad de poder legislativo, que no siempre estará dispuesto a renunciar al ejercicio soberano de la potestad legislativa. Ello explicaría el por qué otros textos más recientes, como por ejemplo la Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (ULIS, con 101 artículos) y la Ley Uniforme sobre Formación del Contrato de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (ULFIS, con 13 artículos) han conocido escasa difusión y aceptación internacional”. Miguel Ángel Pendón Meléndez, “Preámbulo. Propósito de los principios”, en *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*, coord., David Morán (Navarra: Aranzadi, 2003), 30. // La otra modalidad de leyes uniformes limitaba la unificación material solo al ámbito internacional, conviviendo con la regulación nacional. En este sentido Garrigues expresa: “El sistema que ha seguido la ley uniforme [leyes uniformes sobre venta internacional-1964] es el de la coexistencia con las leyes nacionales y, por tanto, esa coexistencia de estas leyes con aquella ley significa un grave obstáculo para la unificación. Hubiera sido preferible, tomando como modelo los convenios de Ginebra sobre la letra y el cheque, comprometer a las altas partes contratantes a introducir en sus territorios respectivos como leyes nacionales, el texto de la Ley Uniforme sobre la Venta de Cosas Muebles”. Joaquín Garrigues, “Prologo”, en *La venta internacional*, ed. Jorge Labanca (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968), 12.

En el siglo XX emergen varias organizaciones internacionales, de carácter público como privado, con una trascendental labor en los objetivos de armonización y unificación del derecho mercantil. En 1919 se crea la CCI, en 1926 nace el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y en 1966 surge la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL).²⁹

Estas organizaciones internacionales cambiaron la estrategia para que la armonización y la unificación tuvieran mayores alcances. Por una parte, dejar de lado la pretendida uniformidad de las normas de conflicto, para proyectar un derecho material uniforme ajustado a las particularidades del comercio internacional. Por otra parte, no emplear de manera exclusiva la técnica de las grandes convenciones,³⁰ sino abrirle paso a instrumentos menos invasivos a la soberanía legislativa, como recopilación de costumbres, formulación de principios generales y leyes modelo (*Soft Law*).³¹

Cabe retener el impulso dado a la armonización y unificación del derecho mercantil por las grandes transformaciones acaecidas una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial (1945), principalmente, por la forma como se intensifican las relaciones comerciales internacionales,³² que representó un cambio radical en las relaciones económicas internacionales.³³

29 “Esencialmente, el proceso de unificación del derecho —en particular, del mercantil— discurre en la actualidad por dos cauces diferentes: la integración en organizaciones supranacionales [...] y la labor de armonización —legislativa o no— promovida y desarrollada por Estados, organismos internacionales (auspiciados por entes públicos y privados) y los propios particulares”. Pendón, “Preámbulo. Propósito de los principios”, 28.

30 Sin desconocer la importancia de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. “La Convención de Viena de 1980 sobre los CISG puede considerarse como la primera unificación realmente universal del derecho de la compraventa internacional”. Francisco Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002), 36.

31 Este cambio de concepción lo expresa Fernández y Calvo así: “[...] es necesario [...] completar el método “clínico” de las normas de conflicto por un método “preventivo” que, a través de la unificación y armonización gradual de las normas materiales de fondo, conduzca a la elaboración de un derecho sustancialmente uniforme que no solo constituya una superación por vía de síntesis comparativa de la diversidad de sistemas jurídicos nacionales, sino que sirva sobre todo a una disciplina más justa y adaptada a las peculiares exigencias del tráfico mercantil internacional”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, vol. I, 49.

32 “El vertiginoso desarrollo experimentado por el comercio internacional en nuestra época —a partir, sobre todo, de la Segunda Guerra Mundial— ha venido a poner en evidencia la inadecuación de los cauces jurídicos a través de los cuales discurrían y se desenvolvían las relaciones mercantiles internacionales de carácter privado. Surgió de este modo el ambicioso proceso de unificación y armonización del derecho mercantil, cuya aceleración especialmente intensa en nuestros días constituye sin duda uno de los acontecimientos más destacados del panorama jurídico contemporáneo”, *ibíd.*, 57.

33 Fernández y Sánchez hacen énfasis en la importancia de este momento en los siguientes términos: “[...] hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una dimensión estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de

El resurgir del derecho uniforme en el siglo XX ha llevado a rememorar la idea de un derecho mercantil despolitizado, al estilo de la *Lex Mercatoria* de la Edad Media. Un conjunto de normas jurídicas formadas al margen de los poderes estatales y en función del mercado. Un derecho uniforme autónomo, creado por y para los comerciantes, separado del derecho uniforme convencional.³⁴

El derecho uniforme autónomo y el derecho uniforme convencional no son excluyentes, confluyen hacia la ordenación de los asuntos mercantiles privados internacionales. Incluso su estrecha conexión es fundamental, ya que el derecho uniforme estructurado por los Estados permite que el derecho uniforme originado directamente por los comerciantes pueda funcionar de manera equilibrada.³⁵

A manera de síntesis, destacan tres etapas en la evolución del derecho mercantil, que a su vez están ligadas con el desarrollo del derecho uniforme del comercio internacional: La primera etapa corresponde a la conformación del derecho mercantil en la Edad Media, tendencialmente uniforme a nivel internacional. La segunda etapa se enmarca desde la nacionalización del derecho mercantil, hasta las grandes codificaciones. La tercera etapa es la contemporánea, que se encamina a la armonización y unificación sustancial, como fórmula para superar los conflictos de leyes ante la insuficiencia de las normas de conflicto.³⁶

los Estados de donde procedían. [...] Mas a partir de 1945 fue menester la adopción de un orden normativo capaz de responder al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales". Fernández y Sánchez, *Derecho del comercio internacional*, 35.

34 Se contraponen a un derecho mercantil autónomo concebido en función del mercado, "despolitizado", que prioriza la autonomía privada; un derecho mercantil basado en una legislación uniforme, con intervención de los Estados, que proteja el interés general y fije límites, dentro de los cuales se pueda desenvolver la autonomía privada.

35 "No parece [...] que todo el proceso de unificación del derecho del comercio internacional pueda, ni deba, bascular del lado de la promoción exclusiva de la nueva *lex mercatoria*. Aunque, quizás, en menor medida, el derecho de formularios que rige la contratación mercantil internacional adolece, en general, de similar desequilibrio al que padece el derecho autónomo en el tráfico económico interno. Es cierto que el comercio —y, en particular, el internacional— reclama el reconocimiento de un amplio espacio a la autonomía normativa privada. No parece, sin embargo, que esta autonomía deba operar con absoluta libertad. Es, pues, necesario que este derecho autónomo, al que, sin duda, corresponde cumplir una inestimable función en el plano de la unificación del derecho mercantil internacional, se proyecte sobre un fondo legal uniforme. Este debe servir no solo a la interpretación e integración del derecho autónomo, sino que está llamado a cumplir una función ordenadora, que garantice un adecuado equilibrio en el régimen jurídico de la contratación internacional. Unificación 'legislativa' y unificación 'efectiva' —mediante condiciones generales, contratos —tipo y usos formulados— constituyen, pues, dos vías necesarias y, mutuamente, complementarias en la construcción del derecho uniforme del comercio internacional de nuestro tiempo". José María Gondra Romero, *Derecho mercantil* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992), 213-4.

36 "El derecho del comercio internacional ha pasado en su evolución por tres fases. En la primera fase surge la forma de *lex mercatoria* medieval, cuerpo de normas consuetudinarias universalmente aceptadas. En la segunda se incorpora a la legislación interna de los diversos

Asimismo, se pueden concretar en dos grandes grupos los movimientos interesados en la armonización y unificación de las reglas atinentes al comercio internacional. El primer grupo está compuesto por mecanismos con marcada participación de los Estados, con instrumentos de conflicto de leyes (como el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales) e instrumentos de derecho material uniforme (como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías). El segundo grupo, lo conforman herramientas cuyo origen proviene directamente de los privados (como los INCOTERMS).³⁷

En la evolución del derecho uniforme se diferencian ciertas tendencias o fases: Primera, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, localizadas en Europa o en el continente americano y, fundamentalmente, regional. Segunda, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, con una concepción más universal de la uniformidad del derecho. Tercera, a finales

Estados nacionales que reemplazaron a la estratificación feudal de la sociedad medieval. Esta evolución culmina en Francia con la adopción del *Code de commerce* de 1807, en Alemania con la promulgación del *Allgemeine Handelsgesetzbuch* de 1861, y en Inglaterra con la incorporación de la *custom of merchants* en el *common law* por Lorde Mansfield. La tercera fase de esta evolución del derecho mercantil internacional es la contemporánea. [...] presenta tres características [...] semejanza en todas las legislaciones nacionales [...] su aplicación en las diversas jurisdicciones internas se efectúa con el refrendo y autoridad de los órganos soberanos nacionales [...] su formulación la realizan organismos internacionales creados por los gobiernos o por entidades no oficiales". CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 23, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 27 de febrero de 2013. // Similar planteamiento hace Campuzano, según la cual: "En la historia más reciente se distinguen fundamentalmente tres etapas en la regulación del comercio internacional: una primera es la Edad Media, caracterizada por la existencia de una *lex mercatoria* desarrollada por los propios comerciantes; una segunda arranca de los siglos XVIII y XIX, en los que se produjo una nacionalización de los ordenamientos jurídicos a través de los códigos; y por último la etapa actual, en la que se desarrollan convenios internacionales unificadores, y se asiste al resurgir de la Nueva *Lex Mercatoria*". Campuzano, *La repercusión del convenio de Viena*, 22.

37 Esta distinción la hacen Calvo y Carrascosa de la siguiente manera: "[...] a) iniciativa concertada de los Estados. Los Estados se han esforzado en elaborar un régimen jurídico uniforme de los contratos internacionales en general o de ciertos contratos internacionales en particular, como la venta internacional de mercaderías o el transporte de mercancías. Estos instrumentos internacionales son de dos tipos. 1. Instrumentos de derecho material uniforme. Son un conjunto de 'normas materiales especiales' que ofrecen 'soluciones directas' a los problemas jurídicos que plantean ciertos contratos. [...] 2. Instrumentos de 'conflictos de leyes'. Son textos legales que contienen normas de conflicto 'uniformes'. De ese modo, la ley aplicable al contrato será siempre la misma, con independencia de los tribunales que conozcan del asunto, siempre que se trate de tribunales de Estados participantes en dicho instrumento legal. [...] b) Iniciativa privada. Los particulares protagonistas del comercio internacional han elaborado ciertas 'reglas de comportamiento' que rigen directa y materialmente, sin remisión a la ley de ningún Estado, ciertos aspectos de la contratación internacional", Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II (Granada: Comares, 2010), 474.

del siglo XX e inicios del XXI emergen regiones comerciales con vocación institucional, en las que se transfieren facultades legislativas comerciales a órganos supranacionales que propician la integración jurídica.³⁸

Finalmente, debemos tener en cuenta que el derecho de las normas de conflicto, a pesar de su unificación, sigue siendo parte del derecho internacional privado; mientras que las normas materiales uniformes de aplicación directa son un destacado componente del derecho mercantil internacional.³⁹

Causas del derecho uniforme del comercio internacional

Desarrollo del comercio internacional

El fin de la Segunda Guerra Mundial (1945) marcó el inicio de una etapa para la economía mundial, con repercusiones en el derecho mercantil internacional y en particular en su armonización y unificación. Esta etapa se caracteriza por 1. la intensificación de las relaciones comerciales internacionales, 2. los avances tecnológicos proyectados en el transporte y las comunicaciones, 3. la liberalización del comercio (con una institucionalidad propia: Banco Mundial —1944—, Fondo Monetario Internacional —1945—, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio —1947—) mediante la reducción o la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias (iv) la consolidación de procesos de integración supranacional, y en general la estructuración de un mercado que supera las fronteras nacionales.

Las transformaciones experimentadas por la economía mundial, a partir de la segunda posguerra hasta el año 1980 (mayor comercio, bajos costos del transporte, reducción de barreras comerciales), la han llevado a ser identificada como la segunda ola de globalización.⁴⁰

38 Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, 641-4.

39 En ese sentido Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*. // Por su parte, Fernández diferencia el derecho internacional privado del derecho uniforme de esta manera: “El derecho uniforme y el derecho internacional privado constituyen a primera vista dos sistemas jurídicos incompatibles pues [...], si el primero se generaliza desaparece uno de los elementos conformadores del segundo, cual es, el pluralismo de sistemas jurídicos”. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, 5209.

40 Carbaugh, desde una perspectiva económica, destaca tres principales olas de globalización. La primera (1870-1914), propiciada por la disminución de las barreras arancelarias y las nuevas tecnologías que resultaron en la reducción de los costos del transporte, como el cambio de barcos de vela por los de vapor y la llegada de los trenes; fue impulsada por empresas e individuos europeos y estadounidenses; su ocaso lo marca la Primera Guerra Mundial y circunstancias como la Gran Depresión de la década de los treinta, en la que los gobiernos respondieron con la práctica del proteccionismo. En la segunda ola de globalización (1945-1980),

(i) La intensificación de las relaciones comerciales internacionales: para evidenciar la creciente concurrencia de los países por medio del comercio internacional, se plantean dos aspectos a analizar: 1. La participación del comercio internacional en el PIB (relación entre exportaciones e importaciones y PIB); y, 2. El aumento del comercio mundial, más acelerado que el PIB mundial.⁴¹

Participación del comercio internacional mundial en el PIB mundial: el crecimiento que registró la economía mundial tanto en momentos previos a la Primera Guerra Mundial como en la segunda posguerra se lo asocia con la expansión del comercio internacional. Esta correlación parte de analizar la participación porcentual que tiene el comercio internacional mundial, importaciones más exportaciones, respecto del PIB mundial.⁴²

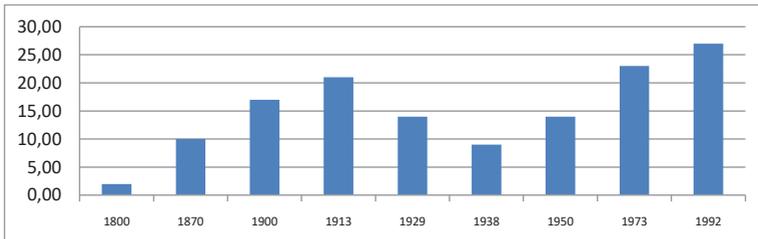
En el gráfico 1 se aprecia la evolución histórica porcentual del comercio internacional frente al PIB mundial, desde 1800 hasta 1992, en la que se destaca la incidencia de la expansión del comercio internacional en el crecimiento de la economía mundial, tanto en momentos previos a la Primera Guerra Mundial como con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

hay mayor comercio resultado de la reducción de los costos del transporte y porque los países persuadieron a sus gobiernos a cooperar para reducir las barreras comerciales. Hace énfasis en que la liberalización comercial discriminó sobre qué países participaban y qué productos incluir, advierte que mientras el comercio entre los países desarrollados en productos manufacturados había sido liberado en gran medida, los países en desarrollo enfrentaban barreras considerables. La tercera ola de globalización inicia en 1980, con características como: El ingreso a los mercados mundiales de manufactura de países en desarrollo como China, India y Brasil. Otros países en desarrollo permanecieron cada vez más marginados de la economía mundial. Los movimientos de capital internacional una vez más se volvieron sobresalientes. Robert Carbaugh, *Economía internacional* (Ciudad de México: Cengage Learning, 2009), 3-6.

41 “No cabe duda que los países han estado mucho más ligados a través del comercio internacional durante el último medio siglo transcurrido desde la Segunda Guerra Mundial. Una forma de medir esto es la participación del comercio internacional en el PIB. Prácticamente en todos los países del mundo la relación entre exportaciones y PIB —e importaciones y PIB— ha aumentado significativamente en este tiempo. [...] Otra forma de mostrar el crecimiento de la integración comercial global es destacando que el volumen de comercio mundial ha aumentado más rápido que el PIB mundial prácticamente todos los años desde 1960 [...]”, Felipe Larraín y Jeffrey Sachs, *Macroeconomía en la economía global* (Buenos Aires: Prentice Hall, 2002), 680.

42 “[...] la elevada tasa de crecimiento de la economía mundial que se registró entre 1870 y 1913 corresponde a un período de rápida expansión del comercio internacional, al igual que el rápido crecimiento que experimentó la economía mundial tras la Segunda Guerra Mundial. [...] en 1800 el comercio representaba un 2 % del PIB y había aumentado a casi un 21 % en 1913, al comienzo de la Primera Guerra Mundial. Tras la guerra disminuyó. No empezó a aumentar hasta después de la Segunda Guerra Mundial, alcanzando a principios de la década de 1970 el máximo registrado en 1913”. Elhanan Helpman, *El misterio del crecimiento económico* (Barcelona: Bosch, 2007), 76.

Gráfico 1. Relación porcentual del comercio mundial (importaciones + exportaciones) con el PIB (1800-1992)



Fuente y elaboración: Elhanan Helpman, *El misterio del crecimiento económico* (Barcelona: Bosch, 2007), 76.

Se observa en el gráfico 1 el incremento que se presentó en las relaciones comerciales internacionales antes de la Primera Guerra Mundial (1870-1913) y después de la Segunda Guerra Mundial (1950-1992). En 1870 el comercio mundial representaba el 10 % del PIB mundial, y en 1913 se acercó al 21 %. Similar tendencia al alza en la relación comercio-PIB de la economía mundial, evidenciando el crecimiento del comercio internacional, se observa en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, acercándose al 15 % en 1950 en contraste con el que se presentaba en 1938, pues no llegaba al 10 %; en 1973 sobrepasa el 20 %, superando porcentajes históricos de 1913; y hacia 1992 desborda el 25 %.

Hacia 1996 la relación entre el comercio mundial y el PIB mundial había llegado casi al 30 % (como promedio, alrededor del 40 % en los países desarrollados, y, aproximadamente, un 15 % en los países en desarrollo).⁴³

Crecimiento del comercio mundial más acelerado que el PIB mundial: la otra manera de establecer la interrelación mundial a través del comercio internacional se encuentra haciendo un paralelo entre el crecimiento experimentado por el comercio internacional y el crecimiento de la producción mundial.

El crecimiento anual del comercio internacional ha estado por encima de la producción mundial. Soubbotina y Sheram afirman que, en los últimos 30 años, las exportaciones han tenido una tasa de crecimiento que casi duplica el PNB.⁴⁴

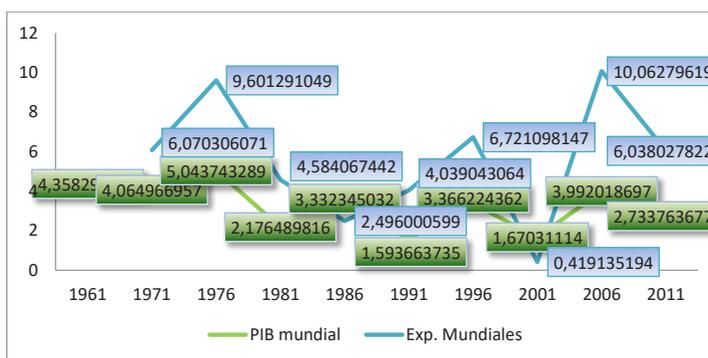
43 “[...] by 1996 the ratio of world trade to world GDP (in purchasing power parity terms) had reached almost 30 percent on average about 40 percent in development countries and about 15 percent in developing countries”. Tatyana Soubbotina y Katherine Sheram, *Beyond economic growth* (Washington: The World Bank, 2000), 68.

44 “Despite the risk, many countries have been choosing to globalize their economies to a greater extent. One way to measure the extent of this process is by the ratio of a country’s trade (exports plus imports) to its GDP or GNP. By this measure, globalization has roughly doubled

Entre 1948 y 1998 la tasa de crecimiento de las exportaciones de mercancías ha sido en promedio el 6 % anual y la del PIB del 3,8 %. En 1950 las exportaciones totales equivalían al 8 % del PIB mundial, y en 1998 representaba el 26,4 % del PIB.⁴⁵

En el gráfico 2 se contrastan la tasa de crecimiento anual porcentual del PIB mundial y la tasa de crecimiento anual porcentual de las exportaciones de bienes y servicios.

Gráfico 2. **Crecimiento PIB mundial (1961-2011), crecimiento exportaciones mundiales (1971-2011)**



Fuente: Banco Mundial, información sobre el crecimiento del PIB mundial (% anual). <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.KD.ZG>. Banco Mundial, información sobre el crecimiento de las exportaciones de bienes y servicios (% anual). <http://datos.bancomundial.org/indicador/NE.EXP.GNFS.KD.ZG>. Elaboración propia.

En promedio, la tasa de crecimiento anual porcentual del PIB mundial, desde 1961 hasta 2011, es del 3,62 %. Y la tasa de crecimiento anual porcentual de las exportaciones de bienes y servicios, desde 1971 hasta 2011, es del 6,06 %.

Este marcado incremento del comercio internacional, sobre todo, desde el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, obedeció a múltiples factores: la eliminación progresiva de las barreras al comercio, el progreso tecnológico y razones de tipo político: el libre comercio como política casi universal.⁴⁶ También tuvo que ver en el incremento sostenido de la actividad comercial internacional, entre otros aspectos: la estabilidad política y

on average since 1950. Over the past 30 years exports have grown about twice as fast as GNP [...]", *ibid.*

45 Montserrat Millet, *La regulación del comercio internacional: Del GATT a la OMC* (Barcelona: La Caixa, 2001), 15.

46 Larraín y Sachs, *Macroeconomía en la economía global*, 680.

económica, el desarrollo de los sistemas de transportes y telecomunicaciones, los cambios tecnológicos y transferencia de tecnología.⁴⁷

ii) Los avances tecnológicos proyectados en el transporte y las comunicaciones: el progreso tecnológico propició el acelerado crecimiento del comercio internacional. Las mejoras e innovaciones en el transporte lo hicieron menos costoso, más seguro y más eficiente, lo que generó cambios sustanciales en el traslado de personas y mercancías, de tal forma que las largas distancias, como obstáculo para el comercio internacional, empezaron a relativizarse. Los desarrollos en telecomunicaciones introdujeron herramientas que agilizarían la operación del comercio internacional.⁴⁸

(iii) La liberalización del comercio: la etapa correspondiente a los primeros años de la posguerra se caracteriza por la estructuración de relaciones multilaterales producto de la cooperación internacional, lo que definió los lineamientos del comercio internacional durante la segunda mitad del siglo XX.⁴⁹ El enfoque de las relaciones económicas internacionales centrado en tratados y acuerdos bilaterales se hizo insuficiente para afrontar crisis como la de los años 30 y para hacer frente a los efectos de la Segunda Guerra Mundial, el cambio de orientación se fundamentó en la cooperación económica multilateral institucionalizada en organizaciones

47 “Razones del incremento sostenido de la actividad económica internacional. [...] 1. La estabilidad política y económica. Con los acuerdos de Bretton Woods (1946) que crean el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial; y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT 1947), se sientan las bases de un nuevo orden económico internacional. Se establecen normativas sobre los tipos de cambio, se ponen en práctica sistemas de cooperación y ayuda financiera a los países menos desarrollados, y se va negociando la eliminación de los obstáculos al comercio internacional. 2. El desarrollo de los sistemas de transportes y telecomunicaciones, que hacen que las distancias sean un elemento de escasa importancia en los negocios internacionales. 3. Los cambios tecnológicos y la transferencia de tecnología, que han hecho aumentar enormemente el tamaño mínimo de las empresas para poder competir, lo que fuerza la internacionalización de las mismas. 4. La seguridad jurídica. La progresiva integración de los países en bloques económicos ha creado un marco de seguridad jurídica, que permite desarrollar la actividad económica sin grandes incertidumbres en la mayor parte de los países del mundo. Las políticas de control de cambios son cada vez más flexibles, lo que facilita las inversiones internacionales. 5. La homogenización de los gustos de los consumidores. Este hecho ha sido fruto más bien de un esfuerzo en promoción y publicidad a nivel mundial de las grandes empresas de bienes de consumo, y que han creado su propia demanda. 6) La competencia y las estrategias a nivel mundial. Los cinco factores antes mencionados han hecho posible que las empresas puedan competir en todos los mercados y que, en consecuencia, planteen estrategias a nivel mundial. Y este hecho actúa como elemento dinamizador del comercio internacional”. Alfonso Ballesteros, *Comercio exterior: Teoría y práctica* (Murcia: Universidad de Murcia, 1998), 24-5.

48 “Muchos de estos avances que hoy damos por hechos, como el envío de productos en contenedores o el uso de sistemas logísticos computarizados para mejorar el flujo de las mercancías, fueron novedosos descubrimientos del último medio siglo, que redujeron los costos del comercio internacional y respaldaron el mayor volumen de transacciones”, Larraín y Sachs, *Macroeconomía en la economía global*, 682.

49 Luis Lobejón, *El comercio internacional* (Madrid: Akal, 2001), 29.

económicas internacionales cuyo marco regulador se destinó a lograr la liberalización progresiva del comercio internacional.⁵⁰

En julio de 1944 se celebró en Bretton Woods, localidad de New Hampshire (Estados Unidos), una conferencia internacional con la participación de 44 Estados, cuyo objeto fue reestructurar las finanzas internacionales y las interrelaciones monetarias. A pesar de las dificultades para establecer un modelo que todos los países aceptaran, se alcanzaron algunos acuerdos, principalmente un tipo de cambio estable y fuerte, y como patrón al dólar estadounidense.⁵¹

En la conferencia de Bretton Woods se creó el Banco Mundial (1944)⁵² y el Fondo Monetario Internacional (1945),⁵³ con los objetivos de reconstruir la economía en la posguerra y promover la cooperación económica internacional. En los acuerdos iniciales se planeó la creación de una frustrada Organización Internacional de Comercio con la que se terminaría de construir la estructura de la economía mundial, la cual se intentó constituir en 1947 en La Habana, Cuba, al celebrarse la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo.⁵⁴

50 Montserrat Millet, *La regulación del comercio internacional: Del GATT a la OMC*, 26.

51 "Por eso, en la práctica, el sistema Bretton Woods se convirtió en el sistema del dólar, pues, tras la Segunda Guerra Mundial, EE. UU. emergió como la economía líder y la única gran acreedora". Mila Gascó, *El gobierno de un mundo global: Hacia un nuevo orden internacional* (Barcelona: Intermón Oxfam, 2004), 37.

52 "Desde su concepción en 1944, el Banco Mundial ha pasado de ser una entidad única a un grupo de cinco instituciones de desarrollo estrechamente relacionadas. Su misión evolucionó desde el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) como facilitador de la reconstrucción y el desarrollo de posguerra al mandato actual de aliviar la pobreza en el mundo, coordinándose muy de cerca con su afiliado, la Asociación Internacional de Fomento, y otros miembros del Grupo del Banco Mundial: la IFC, el MIGA y el CIADI". Banco Mundial, "Historia", <http://www.bancomundial.org/es/about/history>, consulta: 21 de marzo de 2013.

53 "Se planificó como una institución encargada de supervisar el sistema monetario internacional, el sistema de tipos de cambio y los pagos internacionales que permite a los países y sus ciudadanos comprar bienes y servicios de otro. La nueva entidad global aseguraría la estabilidad del tipo de cambio y alentaría a sus países miembros a eliminar las restricciones cambiarias que obstaculizan el comercio. El FMI inicia su existencia formal en diciembre de 1945. Los países que ingresaron al FMI entre 1945 y 1971 acordaron mantener sus tipos de cambio (el valor de sus monedas en relación con el dólar de EE. UU. y, en el caso de EE. UU., el valor del dólar en términos de oro) vinculado a tasas que podrían ajustarse únicamente para corregir un 'desequilibrio fundamental' de la balanza de pagos, y solo con la autorización del FMI". Fondo Monetario Internacional, "Cooperation and reconstruction (1944-71)", <http://www.imf.org/external/about/histcoop.htm>, consulta: 21 de marzo de 2013.

54 "La Carta de la OIC fue finalmente aprobada en La Habana en marzo de 1948, pero su ratificación por algunas legislaturas nacionales resultó imposible. La oposición más importante se manifestó en el Congreso de los EE. UU., pese a que el gobierno de este país había sido una de las principales fuerzas impulsoras del proyecto. En 1950 el Gobierno de los EE. UU. anunció que no pediría al Congreso que ratificara la Carta de La Habana, lo que supuso prácticamente la muerte de la OIC. En consecuencia, el GATT se convirtió en el único instrumento multilateral

Entre tanto, algunos países siguieron realizando negociaciones para establecer reducciones arancelarias y en 1947 se suscribe el primer Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio —GATT—, que entró a regir en 1948. El GATT, a pesar de su carácter temporal y no ser un organismo de Naciones Unidas sino un acuerdo multilateral que reguló las relaciones comerciales entre sus signatarios, constituyó una herramienta de gran importancia para el desarrollo del comercio internacional, en la medida que contribuyó a fomentar su liberalización a través del desmonte de barreras, principalmente con la reducción de los aranceles aduaneros.⁵⁵

El GATT fue un acuerdo de carácter provisional, pues el propósito era crear la OIC, pero al no consolidarse continuó en esa condición, siendo por varios años el mecanismo mediante el cual se direccionó el comercio internacional buscando su apertura y crecimiento, hasta que en 1995 se logra el acuerdo para que el GATT pasara a ser una organización internacional, creándose la OMC.⁵⁶

Se creó así un marco institucional para que pudiera prosperar en paz la economía de mercado mundial: El FMI para ayudar a los gobiernos de los Países miembros a lograr acuerdos monetarios satisfactorios; El BM para otorgar préstamos dirigidos a la reconstrucción de Europa y ayudar al desarrollo económico de las naciones más empobrecidas; y el Acuerdo General de Tarifas y Comercio, base de las negociaciones internacionales orientadas a restaurar el libre comercio entre las distintas economías del mundo.⁵⁷

Los cambios que se dieron en el escenario económico internacional, del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio a la OMC, fueron interiorizados por muchos países, lo que generó el desmonte progresivo de las talanqueras propias del derecho público que obstaculizaban la fluidez del comercio internacional a escala mundial.

por el que se rigió el comercio internacional desde 1948 hasta el establecimiento de la OMC en 1995". Organización Mundial del Comercio, "El GATT: 'provisional' durante casi medio siglo", http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm, consulta: 21 de marzo de 2013.

55 "Las negociaciones multilaterales fueron la actividad más importante del GATT. Se iniciaron con la firma del Acuerdo en 1947 en Ginebra celebrándose siete posteriores que, generalmente, llevan el nombre de la ciudad o Estado en que se acordó o la de algún político que la impulsó. Desde su creación hasta 1994 se conformó un largo período de liberalización comercial protagonizado por el GATT y definido por su falta de homogeneidad tanto en los logros conseguidos como en el método utilizado para negociar las reducciones arancelarias". María Heredero, "La Organización Mundial de Comercio. Antecedentes, situación y perspectivas", *Revista de Economía Mundial* 4 (2001): 7.

56 Organización Mundial del Comercio, "Los años del GATT: de La Habana a Marrakech", http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm, consulta: 21 de marzo de 2013.

57 Larraín y Sachs, *Macroeconomía en la economía global*, 690.

(iv) La consolidación de procesos de integración supranacional: además de la liberalización del comercio a nivel global, con la edificación institucional mencionada (BM, FMI y Acuerdo General de Tarifas y Comercio), la liberalización del comercio también tuvo un enfoque regional. En el período de la segunda posguerra igualmente se empieza a construir acuerdos entre grupos de Estados para desmontar las barreras del comercio con efectos más profundos que los alcanzados en las diferentes reuniones del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). Esta conformación de áreas supranacionales y de bloques económicos traería consigo un mayor dinamismo del comercio, tanto intrarregional como extraregional.⁵⁸

De acuerdo a su intensidad, en la integración económica se destacan diferentes etapas: área de libre comercio, unión aduanera, mercado común y unión económica. En un área de libre comercio las barreras al comercio son retiradas (no se permiten impuestos discriminatorios, cuotas, aranceles u otras barreras al comercio), bienes y servicios son intercambiados entre los miembros, pero cada país sigue estableciendo sus propias políticas con los no miembros. En la unión aduanera, además de la abolición de barreras para el intercambio de bienes y servicios, se establece una política comercial común con relación a los no miembros, generalmente un arancel externo común. En el mercado común, aparte de eliminar las barreras al comercio entre los miembros y tener una política comercial común con los no miembros, los factores de producción (mano de obra, capital y tecnología) pueden circular libremente entre los países integrantes. La unión económica, adicional a la exclusión de barreras, de tener una política comercial externa común y de permitir la movilidad de los factores de producción, implica la integración de políticas económicas, armonizando políticas monetarias, impuestos y gastos gubernamentales, agregando el uso de una moneda común.⁵⁹

58 “Los convenios de integración económica han venido aumento a lo largo del tiempo; según estudio realizado por la OMC, entre 1947 y 1994 fueron notificados al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), bajo el artículo XXIV (que permite la creación de zonas de libre comercio y de uniones aduaneras), un total de 109 acuerdos, cifra que puede ser mayor si se incluyen los suscritos dentro del marco de la ALADI y otros efectuados en el último lustro. Es de anotarse que al iniciar actividades la OMC (1º de enero de 1995), de 126 Estados que la conformaban en noviembre de 1996, casi todos eran miembros de un convenio de integración económica notificado al GATT”. Hernando Villamizar, *Introducción a la integración económica* (Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000), 16.

59 Michael Czinkota, Ilkka Ronkainen y Michael Moffett, *Negocios internacionales* (Ciudad de México: Thompson, 2007), 251-3.

En el mundo se fueron conformando múltiples procesos de integración económica con diferentes alcances.⁶⁰ A manera de ejemplo, en orden de menor a mayor integración, tenemos los siguientes: (*áreas de libre comercio*) el Área de Libre Comercio Europea (EFTA) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA); (*uniones aduaneras*) la Unión Aduanera del Sur de África (SACU) y la Comunidad Andina (CAN); (*mercados comunes*) Mercado Común Centroamericano (MCCA) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR); (*unión económica*) la Unión Europea (UE).⁶¹

Uno de los acuerdos regionales más significativos es el de la Comunidad Económica Europea, que desembocó en la UE. La Comunidad Económica Europea se creó en 1958, mediante el Tratado de Roma, como un área de libre comercio, cuando se eliminaron los aranceles interiores y las restricciones cuantitativas; en 1968 se estableció la unión aduanera con un arancel externo común; en 1978 se introdujo el sistema monetario europeo, con un régimen de tipos de cambio fijo; en 1992 se estableció el mercado común e inició la unión económica y monetaria; y en 1993 inicia la UE sentando las bases para la unión económica completa.⁶²

La importancia de la UE en el comercio mundial se puede ver al tener en cuenta el impacto de sus exportaciones e importaciones. Si se excluye el comercio intercomunitario, la UE en el año 2006 ocuparía el primer lugar de las exportaciones de mercancías mundiales y el segundo en cuanto a las importaciones.⁶³

60 Algunos de los principales acuerdos de integración son: En Europa: CEE-UE (Comunidad Económica Europea-Unión Europea), CAME (Consejo de Ayuda Mutua Económica), EFTA (Área de Libre Comercio Europea), EEE (Espacio Económico Europeo). En América: TLCAN/NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), MCCA (Mercado Común Centroamericano), CA (Comunidad Andina), ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio)-ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), MERCOSUR (Mercado Común del Sur). En el Caribe: CARICOM (Comunidad del Caribe), CARIFTA (Asociación de Libre Comercio del Caribe). En Asia: APEC (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico), ASEAN (Asociación de Naciones del Sudeste Asiático), AFTA (Área de Libre Comercio de la ASEAN).

61 “[...] la UE ha creado una economía regional única que cuenta con un alto porcentaje del volumen comercial mundial. Mientras esta integración procede, se intensifica y se expande hacia otros países, la UE va adquiriendo mayores responsabilidades y roles económicos globales que anteriormente eran llevados a cabo por sus países miembros; uno que por su tamaño y vecindad temporal no se ha dimensionado aún, es el rol del Euro, moneda que desplaza con eficacia al rol mundial del dólar. Por su parte el TLCAN es un cuerpo regional que juega un papel importante en la economía global tal vez por inercia hegemónica de EE.UU. y los instrumentos de control monetario-comercial de nivel mundial que le han servido de parapeto”. Alfredo Sánchez Ortiz, *Evolución de los vínculos comerciales en América del Norte y el este asiático 1994-2004*, <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/637/>, consulta: 5 de abril de 2013.

62 Rafael Castellot, *La Unión Europea: Una experiencia de integración regional* (Ciudad de México: Plaza y Valdez, 2000), 67.

63 Jaime Valenciano, *Cuestiones prácticas de economía de la Unión Europea* (Madrid: Paraninfo, 2008), 153.

Estructuración de un mercado que supera las fronteras nacionales: Para que se ampliaran los mercados a partir de la segunda posguerra, se hizo imperioso derribar las restricciones nacionales. La liberalización del comercio global y regional, los avances tecnológicos, las mejoras en las comunicaciones y en el transporte, propiciaron un mercado global con un crecimiento vertiginoso. Un mercado supranacional con necesidades propias que van más allá de los mercados nacionales.

Inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos

En las relaciones mercantiles internas no es objeto de discusión qué tipo de derecho será el aplicable, ya que en virtud de la soberanía legislativa cada Estado atribuye para sí la producción del derecho, que será el llamado a ordenar los asuntos que se presenten dentro de su territorio.⁶⁴

Con la expansión del comercio internacional se incrementaron las relaciones jurídicas que sobrepasaron fronteras, lo que inevitablemente puso en contacto diversos ordenamientos jurídicos, sin que se tenga certeza sobre cuál sería el llamado a regularlas. Este panorama se puede dimensionar de acuerdo a cómo ha evolucionado la comunidad internacional en cuanto a su composición. La comunidad internacional creció de 58 miembros, que es el mayor número de Estados nacionales registrados en el apogeo de la Liga de Naciones en 1937, a 184 miembros en las Naciones Unidas en diciembre de 1995.⁶⁵ En el mismo sentido, se puede observar cómo la ONU inicia en 1945 con 51 miembros y, en la actualidad, ha pasado a tener 193 miembros.⁶⁶

Para las partes intervinientes en un contrato internacional no dejaba de ser preocupante a la luz de qué ordenamiento jurídico, en medio de esa multitud, serían establecidas las consecuencias de su comportamiento contractual, sintiéndose más cómodos con el ordenamiento propio y tendiendo a rechazar ajenos. Sin embargo, esta sensación de incomodidad

64 “En las situaciones del tráfico interno, en las que solo está involucrado un sistema jurídico, tanto el sujeto como el intérprete, en su condición de destinatarios del derecho, se enfrentan a las situaciones jurídicas con plena convicción acerca de la unidad y homogeneidad de su jurisdicción, de los medios jurídicos de resolverlos y de los valores implícitos en su ordenamiento. [...] no existe duda acerca de la aplicabilidad del derecho interno y del origen y efectividad de su sanción”. José Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado* (Madrid: Civitas, 1996), 37.

65 Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, 644.

66 Naciones Unidas, “Crecimiento de Número de Estados Miembros de las Naciones Unidas, desde 1945 al presente”, <http://www.un.org/es/members/growth.shtml>, consulta: 16 de abril de 2013.

con ordenamientos jurídicos foráneos sería experimentada por la otra parte, llegando a desaprobar mutuamente los ordenamientos jurídicos de la contraparte.⁶⁷

La opción del derecho de un tercer Estado con el que el contrato tenga algún vínculo, pero que ninguna de las partes tuviera contacto, aparece como posible solución. No obstante, sería un derecho desconocido para ambos, siendo desventajoso para todos, pues persistiría la incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de sus actos contractuales.

Aquel comerciante que se aventura a sobrepasar sus fronteras, se encontraría con un panorama jurídico poco alentador. Entre más países explora, mayores serían los riesgos jurídicos a los que se sometería. La diversidad de ordenamientos existentes en el mundo, por la inseguridad jurídica que representa, se convirtió en un obstáculo más para el comercio internacional.⁶⁸

El tratamiento diferencial de figuras como la oferta y la aceptación, o el momento en que se transmite la propiedad al realizarse un contrato de compraventa, son algunos ejemplos de las dificultades que las múltiples orientaciones dentro de los sistemas jurídicos generan para el comercio internacional.

Frente al problema de inseguridad jurídica suscitado por la diversidad de ordenamientos jurídicos que las relaciones mercantiles internacionales ponen en contacto, se propusieron soluciones, previo al derecho uniforme del comercio internacional, desde el derecho internacional privado.⁶⁹

El derecho internacional privado procura primordialmente establecer cuál, de los múltiples ordenamientos jurídicos nacionales involucrados, será el que tendrá prioridad para regular el asunto concreto, y con ese fin

67 “El elemento diferencial de las relaciones de tráfico externo radica en que los conflictos de intereses se modulan a partir de una realidad no solo social o económica, sino determinada por una realidad jurídica producida por el pluralismo de sistemas jurídicos. Dicho pluralismo provoca una inseguridad jurídica consustancial a las situaciones del tráfico externo”. Fernández y Sánchez, *Curso de derecho internacional privado*, 38.

68 “[...] los conflictos y divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas con el comercio internacional constituyen un obstáculo al desarrollo del comercio mundial”. Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 2102 (XX), *Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional* (20 de diciembre de 1965), <http://www.un.org/es/documents/ag/res/20/ares20.htm>, consulta: 18 de abril de 2013.

69 “A fin de reducir estos conflictos y divergencias se han seguido básicamente dos técnicas que, aunque diferentes, se complementan entre sí: la primera entraña una opción entre las leyes aplicables en derecho internacional privado, en tanto que la segunda persigue la unificación y armonización progresivas de las leyes sustantivas”. CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 22, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 27 de febrero de 2013.

ha establecido reglas propias que permiten al juzgador acudir a un sistema jurídico nacional que le sirva de sustento para decidir.⁷⁰ Su objeto es establecer un régimen para resolver los conflictos de leyes.⁷¹

Insuficiencia de los métodos del derecho internacional privado

Autonomía de la voluntad

En el derecho internacional privado es generalmente aceptado que las partes puedan establecer el derecho aplicable al contrato internacional.⁷² Esta posibilidad se fundamenta en la libertad que se les da a los particulares de autorregularse, y así como pueden definir el contenido de sus acuerdos de voluntad, también es factible que establezcan el conjunto de normas que los integrarán.⁷³

70 “El comercio internacional origina una compleja red de relaciones internacionales que aparecen vinculadas con distintos ordenamientos jurídicos. Determinar el ordenamiento, así como quién será el juez competente para dirimir el conflicto de naturaleza internacional, constituye en definitiva el cometido del derecho internacional privado”. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, 34.

71 “El Código Bustamante o *Código de Derecho Internacional Privado de 1928*, cuyo Libro Segundo se titula “Derecho mercantil internacional”, constituye el intento de mayor envergadura realizado hasta la fecha con miras a señalar normas para los conflictos de leyes en la esfera del derecho mercantil internacional”. CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 22, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 27 de febrero de 2013. Son de resaltar igualmente los aportes que en materia de conflictos de leyes ha realizado la COHADIP.

72 “Siendo la voluntad de las partes soberana en principio en materia contractual, para determinar la ley aplicable a los contratos hay que atenerse ante todo a la intención de las partes contratantes. Las partes son por regla general libres para fijar la ley que debe regir las cláusulas, efectos y consecuencias de los contratos que celebran. Este principio de la autonomía de la voluntad, formulado por Dumoulin, ha sido aceptado en principio por la ciencia moderna e incorporado expresamente en varias legislaciones y tratados internacionales”. Federico Duncker, *Derecho internacional privado: Parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967), 59. Villarroel, divide en tres grupos las distintas posiciones doctrinales sobre el alcance que puede darse a la autonomía de la voluntad en la determinación de la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales. Primero: No depende de la mera declaración de voluntad de las partes, los contratos internacionales se deben regir por la ley que corresponda a su localización objetiva. Segundo: La autonomía de la voluntad es plena, siempre y cuando se trate de un contrato internacional y se respete las normas de orden público del juez. Tercero: Se puede elegir la ley aplicable al contrato, pero de entre aquellas que están razonablemente conectadas con el mismo. Carlos Villarroel y Gabriel Villarroel, “Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales”, *Revista chilena de derecho* 17 (1990): 351. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649697.pdf, consulta: 23 de abril de 2013.

73 Se diferencia la autonomía de la voluntad material de la autonomía de la voluntad conflictual. La primera: “Referida a la libertad de los actores en el contrato para configurar el contenido obligatorio de la forma que consideren más oportuna para la defensa de sus intereses”. La

La Convención de La Haya (1986),⁷⁴ el Convenio de Roma (1980),⁷⁵ y la Convención Interamericana de México (1994),⁷⁶ sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, coinciden en consagrar, como regla general, la libre elección de las partes de la ley aplicable a sus relaciones contractuales.

La autonomía conflictual consagrada en los dos primeros instrumentos, se restringe al concepto de ley, a diferencia del último, que hace alusión al concepto de derecho. Se genera así el cuestionamiento de si las partes pueden elegir como aplicable al contrato solamente la ley de un Estado, o se puede acudir a otros referentes normativos, como los principios generales del derecho.

Tratándose del ejercicio de la autonomía conflictual, a las partes se les permite elegir solamente la ley de un Estado como la aplicable, en referencia a un sistema jurídico estatal. La incorporación o la remisión a

segunda: "Determina la designación del derecho nacional aplicable a la relación". Diego Gómez y Gregorio Cristóbal Cárle, *Los contratos en el marketing internacional* (Madrid: ESIC, 2004), 89. "La autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del derecho internacional privado. Por autonomía privada entendemos la libertad de las partes de configurar sus relaciones privadas libremente y bajo su responsabilidad. La manifestación más importante de la autonomía privada es la libertad contractual, que concede a las partes el derecho a decidir por sí mismas si debe concluirse un contrato y con quién debe concluirse (libertad de contratación), y qué contenido debe presentar el contrato (libertad de configuración). A ello se le añade en tercer lugar la libertad de forma, es decir, la ausencia de la obligación de concluir un contrato en forma escrita o en otra forma. [...] De la autonomía privada se tiene que diferenciar la autonomía conflictual, que concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas". Stefan LeibLe, "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de derecho transnacional* 3, n.º 1 (2011): 215.

- 74 Artículo 7, numeral 1: "El contrato de compraventa se regirá por la ley elegida por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección deberá ser expreso o resultar claramente de las estipulaciones del contrato y del comportamiento de las partes, considerados en su conjunto. Dicha elección podrá limitarse a una parte del contrato". COHADIP, *Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (22 de diciembre de 1986), http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=61, consulta: 18 de abril de 2013.
- 75 "Libertad de elección. 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato". Unión Europea, *Convenio 80/934/CEE sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 1980), artículo 3, numeral 1, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33109_es.htm, consulta: 18 de abril de 2013.
- 76 "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. [...] Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales* (México, 1994), artículo 7, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>, consulta: 18 de abril de 2013.

otros elementos normativos, correspondería al ejercicio de la autonomía material.⁷⁷

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en el art. 28, sobre normas aplicables al fondo del litigio, igualmente consagra la libre elección de las partes de las normas de derecho aplicables al fondo del litigio.⁷⁸

77 En alusión al Convenio de Roma, Fernández y Sánchez sostienen que: “La autonomía conflictual únicamente faculta a las partes a elegir como ley aplicable del contrato, la ley de un Estado. Se trata de una elección genérica e incondicional del derecho de obligaciones de un determinado sistema jurídico estatal. Fuera de estos límites, la referencia en un contrato a concretas disposiciones legales de un país extranjero, convenios internacionales, prácticas y usos comerciales uniformes concretos, contratos-tipo, reglas de la CCI, Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, u otras más vagas o incondicionales como las llamadas a la *lex mercatoria* o a los usos comerciales internacionales, deben entenderse circunscritas al ejercicio de la autonomía material por las partes y sujetas, por tanto, al control de validez y eficacia de conformidad con la ley rectora del contrato, bien elegida por las partes, bien establecida en defecto de elección”. Fernández y Sánchez, *Derecho internacional privado*, 453. El artículo 17 de la Convención de México, precisa: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. De esta manera, además de evitar el reenvío a las normas de derecho internacional privado, concreta el concepto amplio de derecho para conectarlo con el vigente en un Estado. CIDIP, *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales* (México de 1994), artículo 17, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>, consulta: 18 de abril de 2013.

78 “1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985* (Nueva York, 1985), http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consulta: 22 de abril de 2013. La secretaria de la CNUDMI en la nota explicativa n.º 6 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, “Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones”, en el literal a) aborda lo relativo a normas aplicables al fondo del litigio y aclara que: “[...] Esta disposición [el art. 28] es importante por dos razones; en primer lugar, atribuye a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable, lo que es importante si la legislación nacional no reconoce clara o plenamente esa facultad. Además, al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio. Por ejemplo, podrán elegir de común acuerdo por normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. Las partes también podrán determinar directamente que el derecho sustantivo que ha de regir el arbitraje sea un instrumento como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, sin necesidad de remitirse a la legislación interna de ningún Estado parte en esa Convención. Las atribuciones del tribunal arbitral, por otra parte, se ajustan a pautas más tradicionales. Cuando las partes no hayan indicado la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley (es decir, la ley nacional), que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”. Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985 en su versión enmendada en 2006)*, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, consulta: 22 de abril de 2013.

Adicionalmente, cabe la referencia al Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I).⁷⁹ En el art. 3, se consagra la libertad de elección: “1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.⁸⁰

Como se observa, varios instrumentos internacionales siguen la orientación de la autonomía conflictual como primera opción para determinar el derecho aplicable a una relación en la que se conectan varios ordenamientos jurídicos. Sin embargo, la autonomía privada en la contratación internacional a efectos de determinar la ley aplicable, no implica una libertad absoluta, tendrá que adecuarse a las restricciones que le imponga el sistema de derecho internacional privado que la concedió.⁸¹

A pesar de que cada vez más se reconozca la autonomía de la voluntad al interior del derecho internacional privado, los efectos de los instrumentos mencionados no dejan de ser regionales (para aquellos que han entrado en vigor), sin que existan herramientas con alcance universal al respecto,

79 Unión Europea, *Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)*, DOUE L 177/10 de 04.07.2008, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_es.htm, consulta: 22 de abril de 2013.

80 “En junio de 2008, la Unión Europea completó la ‘comunitarización’ del Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, mediante la adopción del Reglamento 593/2008, llamado ‘Roma I’. Tras su entrada en vigor en diciembre de 2009, este Reglamento sustituirá al Convenio de Roma en los Estados miembros de la UE, salvo Dinamarca. En términos generales, el Reglamento Roma I consolida el principio de la autonomía de la voluntad y, en defecto de elección por las partes, enumera reglas más concretas que las contempladas por el Convenio de Roma. Es evidente que la adopción del Reglamento Roma I por la Unión Europea constituye un nuevo factor importante en la reflexión sobre la utilidad, y, en su caso, la naturaleza, de un instrumento en materia de ley aplicable a los contratos internacionales a escala internacional”. COHADIP, Oficina Permanente, “Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales”, Documento Preliminar n.º 7, marzo de 2009 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de marzo / abril de 2009, <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>, consulta: 22 de abril de 2013.

81 “[...] la libertad de las partes en la elección de la ley aplicable al contrato no es una libertad independiente, sino que se trata de un poder otorgado a estas por la norma de conflicto de un ordenamiento, el cual ejerce las condiciones y límites propios de su sistema sobre dicha libertad, siendo, por otra parte, las necesidades del comercio internacional las que han fomentado el reconocimiento del papel de las partes en la elección del derecho aplicable a los contratos”. Carmen Parra Rodríguez, “Los sistemas de uniformización del derecho europeo en materia de obligaciones y contratos”, en *El Dret Civil Català en el Context Europeu* (Girona: Universidad de Génova / Edicions a petició S. L., 2002), 395.

vacío que se convierte en incertidumbre sobre su admisibilidad en ciertos ordenamientos jurídicos.⁸²

Por otro lado, la insuficiencia de la autonomía de la voluntad, como elemento de conexión del derecho internacional privado, está dada por la forma como se relativiza esa libertad de elección, sobre todo en aquellos casos en los que el poder de negociación de empresas fuertes se impone sobre las demás.⁸³ Se excluye de los aspectos de negociación la ley aplicable, no es objeto de debate la llamada autonomía conflictual, pues es claro para la empresa con posición dominante que el derecho a aplicar será el propio, sin importar que para la otra parte sea desventajoso al tratarse de un derecho desconocido.⁸⁴

Similar planteamiento puede hacerse respecto de los llamados contratos internacionales “sin ley”. Aquellos que, en ejercicio de la autonomía

82 “Las diferencias sobre la admisibilidad de la autonomía de la voluntad constituyen un desafío para la previsibilidad jurídica en las relaciones contractuales a escala internacional. A pesar del aumento continuo de las relaciones comerciales intercontinentales, no existe ningún instrumento universal general relativo a la ley aplicable a los contratos, lo que contrasta con los instrumentos que proliferan a nivel regional”. COHADIP, Oficina Permanente, “Estudio de viabilidad sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales”, Documento Preliminar n.º 7, marzo de 2009 a la atención del Consejo sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia de marzo / abril de 2009, <http://www.hchc.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>, consulta: 22 de abril de 2013.

83 “La sociedad internacional de los comerciantes —no se olvide— no es el paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 53.

84 “[...] las cláusulas de determinación de la *lex contractus* esconden, bajo la apariencia del ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad, una situación unilateral de poder en que la parte “débil” de la contratación normalmente se ve obligada a aceptar las reglas del país del otro contratante como fuente normativa de la relación contractual. Además, aun cuando no se dé realmente esa situación de imposición legal por parte del comerciante más “fuerte”, es evidente que se trata de una solución insatisfactoria, puesto que uno de los contratantes se encontrará siempre bajo la incertidumbre provocada por la sumisión de su contrato a un derecho extraño que habitualmente ignora”. Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 28. Fernández advierte que la referencia a un determinado sistema estatal, por varios motivos, puede llevar a la desigualdad de las partes: “De un lado, por la diversidad, pues han brotado en el mercado internacional un número muy considerable de fórmulas contractuales que estaban en relación directa con la naturaleza de la actividad comercial involucrada y con el protagonismo de determinados Estados en el comercio internacional; de otro lado, porque las referidas fórmulas contractuales se remitían de forma exclusiva a un ordenamiento jurídico determinado, coincidente con el del Estado hegemónico en el sector donde, curiosamente, tenía su sede la asociación redactora. Más recientemente esta técnica ha sido desarrollada por las empresas multinacionales con el propósito de defender sus intereses frente a su co-contratante; de tal suerte, la entidad asegura la uniformidad en la contratación para todas las empresas integrantes de su conglomerado económico involucrado a industrias muy poderosas para que inserten en sus contratos tipo una cláusula de remisión siempre al mismo ordenamiento jurídico”. José Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, en *Anuario español de derecho internacional privado*, t. IV. (Madrid: Iprolex, 2004), 56.

material, las partes le pretenden dar un contenido integral al margen de los ordenamientos jurídicos estatales, teniendo en cuenta las prácticas, costumbres, contratos tipo, condiciones generales, etc., presentes en la contratación mercantil internacional.⁸⁵ Se corre el riesgo igualmente en ellos, que la parte fuerte termine imponiendo las condiciones negociables a la parte débil y en detrimento de los intereses de los últimos.⁸⁶

Además, cuando se va a determinar el derecho aplicable a una relación mercantil internacional con fundamento en la autonomía conflictual, el resultado de la operación será un ordenamiento jurídico nacional, con una normatividad creada para las relaciones mercantiles nacionales.⁸⁷

Tenemos que la autonomía de la voluntad, en sus variables aplicables a la contratación internacional, autonomía conflictual y autonomía material, como primer recurso del derecho internacional privado para resolver los conflictos de leyes, no brinda a las partes una solución satisfactoria. El hecho de existir divergencias entre sistemas de derecho internacional privado no asegura su aceptación universal, la libre elección se torna en imposición de un derecho nacional, es desventajoso para la parte que desconoce ese derecho nacional, y se llega a un derecho nacional concebido para relaciones mercantiles internas. En los contratos “autosuficientes” no hay imposición

85 “It is true that, at least according to most domestic laws, parties are free to lay down in their contract a detailed and possibly exhaustive regulation of their rights and obligations so as to avoid to the greatest possible extent any recourse to external sources. Yet apart from the fact that in so doing the parties often encounter insurmountable difficulties arising from de language barriers between them and the absence of internationally uniform legal terminology on which they can rely —such supposedly self— regulatory contracts or ‘contrats sans loi’ equally cannot do without a general legal framework within which to operate”. Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (Nueva York: Transnational Publishers, 2009), 20.

86 Villarroel, partiendo de que el *ius mercatorum* propicia la existencia de contratos sin ley o anacionales, resalta cómo en la doctrina se cuestiona sobre los posibles abusos en esta clase de contratos, así: “Carrillo Salcedo y Batiffol opinan que este derecho transnacional de los comerciantes puede permitir el abuso de los fuertes y que solo una ley puede mitigar tales excesos”. Villarroel y Villarroel, “Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales”, 357.

87 “These domestic laws may not only vary considerably in content, but are often ill-suited for the special needs of international trade. As pointed out by Francesco Galgano [their] inadequacy [...] derives from two characteristics of contemporary economy. The first is the meta-national nature of the economy which is antithetical to the national character of the legal systems. The second is that the economy is in continuous change, in antithesis to the rigidity of the laws.” Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 12. “[...] lo que se ha denominado el ‘déficit crónico’ de las normas de conflicto: el carácter nacional de la legislación designada por la norma de conflicto, legislación pensada de ordinario para supuestos de tráfico económico interno y no para supuestos de tráfico internacional. A la postre, se observa, la regulación sustantiva aplicada por el juez es la misma pensada para los casos de tráfico interno”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 38.

de un derecho nacional, pero puede haber presión para establecer el contenido de un contrato a favor de una de las partes.

Normas del derecho internacional privado

El punto de partida de las normas del derecho internacional privado es precisar si la relación jurídica, efectivamente, es internacional, para que de esa manera tenga fundamento la aplicación de las normas de conflicto.⁸⁸

Criterios como, que el establecimiento o la residencia habitual de las partes estén en países diferentes, que el contrato plantee un conflicto de leyes nacionales aplicables, que afecte los intereses del comercio internacional, etc., permiten inferir que se trata de relaciones jurídicas que desbordan las fronteras nacionales y el derecho privado interno.⁸⁹

Resuelta la primera inquietud, las normas del derecho internacional privado están destinadas a solucionar aspectos problemáticos relacionados, principalmente, con los siguientes conceptos:

(i) Punto de conexión: es un hecho o un concepto jurídico que sirve de puente con un ordenamiento jurídico aplicable a una situación privada internacional.⁹⁰

(ii) Reenvío: cuando las normas de derecho internacional privado refieren a un derecho extranjero, la figura del reenvío sirve para definir si la remisión es a las normas materiales exclusivamente o a las normas

88 Para Calvo y Carrascosa, “[...] el objeto del DIPr. son las ‘situaciones privadas internacionales’”, estos autores advierte sobre la multitud de tesis doctrinales que han tratado de perfilar cuándo una situación jurídica privada es internacional, según ellos, las más relevantes son las siguientes: a) Tesis del elemento extranjero puro: una situación privada manifiesta carácter internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento; b) Tesis del elemento extranjero relevante: una situación privada es internacional cuando presenta un elemento extranjero pero siempre que tal elemento extranjero sea relevante, no es relevante cuando la relación o situación jurídica presenta una escasa importancia objetiva; c) Tesis del efecto internacional: una situación es internacional cuando produce efectos conectados con otros países, cuando presenta repercusión transfronteriza. Calvo y Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11-5.

89 Partiendo de que la noción de “elemento extranjero” es factor de delimitación de la internacionalidad de una relación jurídica, Fernández y Sánchez, destacan la dispersión doctrinal al respecto, y señalan la confrontación entre tesis subjetivas y tesis objetivas en los siguientes términos: “En una primera etapa del análisis doctrinal, la precisión del elemento extranjero va a tener una base subjetiva, referida a la persona misma del no nacional; de esta suerte, la presencia de un extranjero en una relación jurídica bastaba para incluir el supuesto dentro del D.I. Pr. Sin embargo, con posterioridad, la base de la extranjería adquirirá una mayor amplitud a partir de la contemplación del objeto de la relación; sujeto y objeto quedarán mutuamente enlazados desde la perspectiva de un hecho determinado”. Fernández y Sánchez, *Curso de derecho internacional privado*, 46.

90 “[...] consiste en una circunstancia fáctica o en un elemento jurídico que permite atribuir a una categoría jurídica la aplicación de una concreta ley”, *ibid.*, 128.

conflictuales del derecho extranjero. Es el caso del conflicto entre las reglas de derecho internacional privado de varios países.⁹¹

(iii) Orden público internacional: corresponde a una serie de exclusiones al derecho extranjero aplicable según el derecho internacional privado, dándole prelación al sistema jurídico interno.⁹²

(iv) Fraude a la ley: se refiere a aquellos supuestos vistos con reserva por el derecho internacional privado, en que las partes acuden a un ordenamiento jurídico diferente del que les sería aplicable porque les reporta algún beneficio.⁹³

(v) Calificaciones: hace alusión a la forma como deben ser interpretadas las categorías jurídicas del derecho internacional privado, si de acuerdo al sistema jurídico del juez o según el ordenamiento aplicable.⁹⁴

Insuficiencia de las normas del derecho internacional privado: el entramado de conceptos que circundan las normas de conflicto hace que sea complejo prever de manera certera el derecho aplicable a una relación mercantil internacional.⁹⁵

El manejo de aspectos como el punto de conexión, el reenvío, el orden público, el fraude a la ley y las calificaciones, puede variar de Estado a Estado, debido a que cada ordenamiento jurídico tiene sus propias normas de derecho internacional privado.

La incertidumbre sobre cómo puede ser interpretado un punto de conexión como el de los vínculos más estrechos del contrato, ejemplifica el

91 “El problema del reenvío consiste [...] en determinar si cuando una regla se refiere al derecho de otro país, debe aplicarse el derecho sustancial de ese país o las normas de derecho internacional privado”. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de derecho internacional privado* (Bogotá: Temis, 2006), 251.

92 “[...] el orden público internacional es un conjunto de principios —no de normas— inspiradores de la organización del Estado que, actuando como cláusula de reserva frente a soluciones del derecho extranjero (o de soluciones contractuales internacionales), excluyen su aplicación [...]”. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, 42.

93 “El fraude consiste en que se aparenta sometimiento a la elección del legislador, cuando en realidad se hace elección por las partes del derecho aplicable. Es claro que este fraude no cabe cuando el legislador permite libremente a las partes elegir el derecho aplicable [...]. Pero cuando el legislador elige, las partes no pueden adulterar dicha elección mediante la creación artificial de los puntos de conexión. Esto es tanto como desviarse realmente de la auténtica voluntad del legislador so color de una aparente adecuación a las palabras de la norma de conflicto”. Antonio Boggiano, *Curso de derecho internacional privado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 242.

94 “El problema de las calificaciones consiste en la pregunta por el ordenamiento normativo llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta”. Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado* (Buenos Aires: Depalma, 1990), 86.

95 “La norma de conflicto —se arguye— no elimina satisfactoriamente la inseguridad que para el comercio internacional representa la diversidad de legislaciones estatales. En primer lugar, porque también las normas de conflicto varían de unos Estados a otros, sustituyendo así el conflicto de leyes por el conflicto de sistemas de derecho internacional privado. [...]”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 37.

grado de insatisfacción que genera para la contratación internacional las normas de conflicto.

Además, con independencia de las normas de conflicto de que se trate, la consecuencia será la misma: la aplicación de un sistema jurídico nacional a las relaciones mercantiles internacionales, que serán reguladas por normas pensadas para el tráfico interno. Siendo mayores las dificultades si, internamente la relación internacional que se pretende regular, aún no ha tenido desarrollo jurídico.⁹⁶

Unificación del derecho internacional privado

Una de las grandes críticas del derecho internacional privado se centra en su falta de coordinación a nivel internacional, es decir, los problemas derivados de la diversidad de sistemas de derecho internacional privado presentes en el mundo.

Con el fin de contrarrestar este punto débil, se planteó la posibilidad de unificar las normas de conflicto, de tal manera que, independiente del país, las conclusiones a que se llegará en un sistema de derecho internacional privado no variarán sustancialmente de otro.

En esa labor se destaca, a nivel mundial, la COHADIP, y en el plano regional, el Parlamento y Consejo Europeos, y la CIDIP.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de derecho internacional privado.⁹⁷ El principal método utilizado para lograr el propósito de la conferencia consiste en la negociación y elaboración de

⁹⁶ Esta deficiencia no es exclusiva, como podría pensarse, de sistemas jurídicos “rudimentarios”, incluso sistemas jurídicos desarrollados podrían tener vacíos significativos. Al respecto Bonell destaca: “With respect to some domestic laws it may even be almost impossible to find out what solution they provide for the issue at stake, because of the rudimentary character of the legal sources and the difficulty of access to them. Yet also highly developed legal systems often prove to be outdated”. Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 12.

⁹⁷ COHADIP, *Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, artículo 1, http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=29, consulta: 29 de abril de 2013. “La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuya primera sesión se celebra en 1893, se ha convertido con la entrada en vigor de su estatuto del 15 de julio de 1955 en una organización internacional de reducido número de Estados, que es en parte una institución científica y una reunión de diplomáticos a los que se agregan representantes de organismos internacionales. El paso de institución internacional a organismo internacional no la ha convertido, sin embargo, en una organización regional, ya que a la misma pertenecen no solo Estados europeos sino también Estados del Medio Oriente, como Israel o Turquía, del lejano Oriente, como Japón, y de América, como los EE. UU.”. Stella Biocca, Sara F. de Cárdenas, y Victoria Basz, *Lecciones de derecho internacional privado* (Buenos Aires: Universidad, 1997), 45.

tratados multilaterales o convenios en los diferentes campos del derecho internacional privado.⁹⁸

Las siguientes son las convenciones adoptadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en las que se unifican las reglas de conflicto en materia de contratos: Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales (1955).⁹⁹ Convenio sobre Ley Aplicable a la Transferencia de la Propiedad en Caso de Venta de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales (1958).¹⁰⁰ Contratos con Consumidores (artículos adoptados por la decimocuarta sesión —1980—). Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (1978). Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1986).

En el Convenio de La Haya de 1986, sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, el establecimiento del vendedor al momento de celebrarse el contrato especifica la ley que regirá el contrato de compraventa. En ciertas circunstancias (negociaciones o pactar entrega en el Estado del comprador, condiciones fijadas por el comprador) la ubicación del establecimiento del comprador será determinante. De manera excepcional se aplicará la ley con la que el contrato tenga vínculos más estrechos.¹⁰¹

98 COHADIP, “METHODS OF OPERATION”, http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=4, consulta: 29 de abril de 2013. “En cuanto al método seguido por la Conferencia, es decir, la adopción del clásico de convenio internacional, o el de leyes modelo, parecería que en los tiempos recientes se ha descartado el último —el interés por el mismo se ha desvanecido en los últimos años—, es decir que no ha encontrado eco la propuesta de EE. UU. en cuanto al método de leyes modelo propuesto en 1956. La XI Sesión de la Conferencia de La Haya (1968) no ha vuelto a abordar el tema de las leyes modelo, con lo cual parece que el mismo se abandona retornándose al clásico de convenio internacional”. Biocca, F. de Cárdenas y Basz, *Lecciones de derecho internacional privado*, 45. “El escaso resultado práctico de las primeras conferencias concluyó con el abandono de proyectos de codificación de conjunto [...]. El programa actual de la Conferencia de La Haya contempla fundamentalmente [...], la codificación parcial y gradual del derecho internacional privado y el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional”. Garro, “Armonización y unificación de derecho privado en América Latina”, 240.

99 “[...] el muy importante Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Bienes Muebles Corporales de 15 de junio de 1955, se encuentra algo estancado, pues desde el momento de su entrada en vigor en septiembre de 1964 no se han producido nuevas ratificaciones. Son estas siete en total, no obstante existir firmas con más de diez años de antigüedad”. Pedro Ferrer, “Notas sobre la codificación del derecho internacional privado y la participación española”, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970), 824.

100 “[...] otros dos Convenios, [...] con fecha ambos de 15 de abril de 1958, sobre Ley Aplicable a la Transferencia de Propiedad y sobre Competencia del Fuero Contractual en las Ventas Internacionales de Muebles, se encuentran sin perspectiva alguna de próxima entrada en vigor; el primero con una única ratificación y el segundo sin ninguna”, *ibid.*

101 COHADIP, *Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (22 de diciembre de 1986), art. 8, http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=61, consulta: 18 de abril de 2013.

El punto de conexión más recurrente en los convenios de la COHADIP es la residencia habitual.¹⁰² Por ejemplo, el art. 3 del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Compraventas de 1955, tiene en cuenta para definir la ley aplicable, la residencia habitual del vendedor, su establecimiento, la residencia habitual del comprador o el establecimiento del encargo.

La Unión Europea (Convenio de Roma –1980– y Reglamento 593/2008)

Las partes contratantes del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, según el preámbulo del Convenio de Roma de 1980, decidieron continuar con la obra de unificación en el ámbito del derecho internacional privado, y para ello establecieron unas normas uniformes relativas a la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.¹⁰³

El Convenio de Roma (1980), consagra como ley aplicable al contrato la del Estado con el que tenga lazos más estrechos. Para lo cual señala algunas presunciones en relación con la parte que debe realizar la prestación característica, con aspectos como la residencia habitual, la administración central de las personas jurídicas, el establecimiento principal o secundario de la actividad profesional. Incluye presunciones adicionales según la ubicación de los inmuebles y para el contrato de transporte.¹⁰⁴

102 “En el sector del derecho aplicable y de la competencia judicial internacional, los Convenios de la Conferencia de la Haya muestran predilección por el punto de conexión residencia habitual”. Calvo Caravaca y Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. I, 43. “La Conferencia de La Haya de 1894 discutió en materia de tutela, y en la sesión de 1900 sustituyó el concepto de domicilio por el de residencia habitual (arts. 2 y 3 de la Convención sobre tutela). A partir de allí, el concepto de residencia habitual fue utilizado en las sucesivas convenciones: la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Objetos Muebles Corporales de 1955 establece en su art. 3 que la venta se rige por la ley interna del país de la residencia habitual del vendedor”. Inés Weinberg, *Derecho internacional privado* (Buenos Aires: Depalma, 1997), 96.

103 Unión Europea, *Convenio 80/934/CEE sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* (Roma, 1980), http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33109_es.htm, consulta: 18 de abril de 2013.

104 “El Convenio de Roma tiene por objeto principal, del que se ocupan las más importantes de sus normas, la regulación del derecho aplicable al fondo del contrato. Para ello, como se ha señalado acertadamente, los autores del convenio recurrieron a cuatro ideas fundamentales: a) Admitieron una solución de hondo arraigo en la materia, la autonomía de la voluntad; b) establecieron un sistema de presunciones que actúa en el caso de que la autonomía de la voluntad no haya sido utilizada para designar la ley rectora del contrato; c) reconocieron al juez la facultad de derogar excepcionalmente la ley designada por cualquiera de los modos anteriormente designados (salvo el de la autonomía de la voluntad), cuando la situación estuviese más estrechamente conectada con otro ordenamiento jurídico, para así aplicar este último; d) y añadieron, junto al límite genérico y tradicional del orden público, un nuevo límite: el de las normas imperativas de terceros Estados”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 531. “A pesar de sus declaradas intenciones, el Convenio de Roma posee una serie de previsiones que son incompatibles, con la satisfacción del

Las disposiciones del Convenio de Roma (1980) sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, fueron recogidas por el reglamento Roma I (2008), adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el proceso de comunitarización del derecho internacional privado.¹⁰⁵

El Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), en el art. 4, regula de manera detallada la ley aplicable a falta de elección. Inicia con el factor residencia habitual de una de las partes en diferentes contratos (venta, prestación de servicios, franquicia, distribución), respecto a derechos sobre inmuebles se tiene en cuenta su ubicación, y en caso de subastas el lugar de realización; como complemento se establece el factor residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato; finalmente, y con prioridad sobre los anteriores, se introduce el factor vínculos más estrechos que presente el contrato. Además, hay reglas especiales para contratos de transporte, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo.¹⁰⁶

objetivo comunitario de crear un autentico espacio de justicia europea. Por sí solo, no asegura la deseada uniformidad del derecho aplicable y la seguridad en el tráfico jurídico internacional, porque su art. 22 prevé el derecho de todo Estado miembro a formular reservas a la aplicación del artículo 7 —que recoge la entrada en juego de las leyes de policía de un tercer Estado— y también el artículo 10.1; e) —que ordena la extensión de la *lex contractus* a las consecuencias de la nulidad de los vínculos jurídicos—. Por otro lado, contempla el derecho de todo Estado miembro a adoptar normas de conflicto nacionales para una categoría específica de contratos (art. 23, Convenio de Roma); y, de igual forma, la de adherirse a convenios multilaterales que incidan en el ámbito de la ley aplicable (art. 24, Convenio de Roma). Además, limita su duración inicial a diez años, sin perjuicio de que pudiera ser renovado tácitamente cada cinco años (art. 30, Convenio de Roma)". María Serrano, *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales* (Madrid: Reus, 2011), 105.

105 "1. El Reglamento Roma I recoge, sustancialmente, el texto del Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio de 1980. La Comisión UE redactó una propuesta para transformar dicho Convenio en un Reglamento de la UE (Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005); 2. No obstante, el texto final del Reglamento Roma I ha aprovechado el momento de la 'transformación' del Convenio de Roma en Reglamento Roma I, para realizar también cambios sobre el texto de dicho convenio y para introducir cierta innovaciones de importancia en la regulación de los contratos internacionales ("*fine-tuning of Rome I*" (P. A. NIELSEN / O. LANDO)); 3. Al transformar en un Reglamento el Convenio de Roma de 19 junio 1980, las autoridades de la UE han conseguido algo que antes resultaba muy difícil: modificar *de facto* el Convenio de Roma y facilitar la reforma, en el futuro, del Reglamento Roma I. En efecto, mientras que resulta muy complicado modificar un convenio internacional, pues ello requiere un consenso entre todos los Estados partes en dicho convenio, es mucho más sencillo modificar un Reglamento de la UE (T. BALLARINO) [...]". Calvo y Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, 485.

106 Unión Europea, *Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)*, DOUE L 177/10 de 04.07.2008, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_es.htm, consulta: 22 de abril de 2013. "El reglamento Roma I posee

La CIDIP (Convención de México, 1994)

Las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), a instancia de la Organización de Estados Americanos (OEA), son el foro internacional en el que se discute y se busca la armonización y codificación del derecho internacional privado en el continente americano.¹⁰⁷

En la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), realizada en la Ciudad de México en 1994, se suscribió la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Las consideraciones de esta convención fueron: La “voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la OEA”, “la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional”, y “facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico”.

Al proyectarse la Convención Interamericana de México (1994), sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, se tuvo en cuenta el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1986) y el Convenio de Roma (1980) de la CEE sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.¹⁰⁸

eficacia jurídica *erga omnes* (art. 2, Reglamento Roma I) y pretende favorecer el desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, a la vez que el correcto funcionamiento del mercado interior. Pero uno de sus objetivos fundamentales es cerrar el círculo iniciado por el Reglamento Bruselas I y continuado, años después, por el Reglamento Roma II. Tras su entrada en vigor y una vez superada su fecha prevista de aplicación, los diversos Estados miembros están obligados a articular normas de conflicto uniformes, con la ventaja de que tales normas tienen la naturaleza de derecho comunitario y, por ende, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede interpretarlas, sin necesidad de que ningún instrumento adicional le habilite específicamente. Todo ello favorece la seguridad de los litigantes, la uniformidad de las respuestas interpretativas, la libre circulación de resoluciones judiciales y la interpretación coherente de los conceptos jurídicos comunes a todos los instrumentos normativos señalados”. Serrano, *Competencia judicial y ley aplicable*, 108.

107 CIDIP, http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm, consulta: 2 de mayo de 2013.

108 “Tanto la exposición de motivos como el informe que acompañan el Proyecto destacan que el fenómeno de unificación y armonización del derecho privado debe ubicarse actualmente dentro de un contexto de creciente interdependencia económica, globalización de la economía e integración de regiones en mercados comunes. También se señala que el Proyecto no incursiona en temas que ya han sido satisfactoriamente resueltos en instrumentos de carácter universal, sino que su estructura se basa en un marco similar al adoptado por la Comunidad Económica Europea en el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, que, por otra parte, constituyeron la fuente de inspiración principal a las ocho ‘Bases’ adoptadas por la CIDIP-IV en 1989. En realidad, el Proyecto elaborado por la C.J.I.

El criterio que incluyó la Convención Interamericana de México (1994), sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, como conector del derecho aplicable, fue el de los vínculos más estrechos del contrato.¹⁰⁹

Los alcances de la convención, al estar limitada al continente americano, se hacen insuficientes frente a las necesidades actuales del comercio internacional con proyección mundial. Por ello, Garro sugiere que los esfuerzos de unificación del derecho privado en América Latina se deben dirigir en términos universales y no solamente regionales, no separarse de las discusiones que hay en los foros internacionales. Su postura radica en una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal como la COHADIP, la CNUDMI y el UNIDROIT.¹¹⁰

Problemas relativos a la unificación del derecho internacional privado: los logros de la unificación del derecho internacional privado son poco alentadores.¹¹¹ En primer lugar, los instrumentos internacionales que han buscado ese propósito no han sido ampliamente aceptados.

El Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales (1955), entró en vigor el 01 de septiembre de 1964, pero solo fue ratificado por Dinamarca (1964), Finlandia (1964), Francia (1963), Italia (1958), Noruega (1964), Suecia (1964) y Suiza (1972), y se adhirió Níger (1971).¹¹²

sigue de cerca tanto a la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de las Comunidades Europeas firmada en Roma en 1980 ('Convenio de Roma'), como así también a la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, firmado el 22 de diciembre de 1986 ('Convención de La Haya'), en cuya elaboración estuvieron representados un buen número de países de América Latina". Garro, "Armonización y unificación de derecho privado en América Latina", 252.

109 CIDIP, *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales* (México, 1994), art. 9, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>, consulta: 18 de abril de 2013.

110 Garro, "Armonización y unificación de derecho privado en América Latina", 267.

111 "Yet despite some undoubtable successes, particularly in the fields of intellectual property and of transport law, the overall results of the unification process by legislative means are rather disappointing specially in the light of a cost/benefit analysis. To begin with, international treaties often risk remaining a dead letter, or nearly so. [...] Maybe an important factor explaining the decreasing willingness of national legislators to ratify international treaties is simply the change in atmosphere on the international scene. [...] Moreover, international conventions, even if they enter into force, are normally rather fragmentary in character. [...] In addition, international conventions, once incorporated in the various national legal systems, are likely to be interpreted differently in different countries and, in the case of lacunae, will be supplemented by rules taken from non-unified domestic law. [...] Finally, international conventions have by their very nature a very limited capacity, if any, for being adapted to subsequent changes in the technical or economic environment". Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 13-7.

112 COHADIP, *Convenio sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales* (15 de junio de 1955), "Estado actual", http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=31, consulta: 2 de mayo de 2013.

El Convenio de La Haya (1986) sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, aún no ha entrado en vigor, según el art. 27 del convenio se requiere el depósito de cinco instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, y solo se ha recibido la ratificación de Argentina (1991) y la adhesión de la República de Moldova (1997).¹¹³

La Convención Interamericana de México (1994) sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, a pesar de haber entrado en vigor conforme al art. 28 de la convención el 15 de diciembre de 1996, solo ha sido ratificada por dos países: Venezuela el 22 de septiembre de 1995 y México el 20 de agosto de 1996.¹¹⁴

El Convenio de Roma (1980) de la CEE sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales se incorporó, por el Parlamento Europeo y el Consejo, al Reglamento 593/2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), que de acuerdo a su art. 29, se aplicaría a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el art. 26, que se aplicaría a partir del 17 de junio de 2009.¹¹⁵

En segundo lugar, varios de los intentos de unificación del derecho internacional privado se han limitado a escenarios regionales, este es el caso de la UE y del continente americano, esfuerzos que desvían la atención de la unificación con proyección universal, la que estaría más en dirección a las necesidades actuales del comercio internacional el cual desborda el ámbito regional.

En tercer lugar, a pesar de los intentos de unificación, todos estos sistemas de derecho internacional privado generan un resultado similar,

113 COHADIP, *Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (22 de diciembre de 1986), "Estado actual", http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=61, consulta: 2 de mayo de 2013.

114 CIDIP, *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>, consulta: 2 de mayo de 2013.

115 Unión Europea, *Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>, consulta: 2 de mayo de 2013. "El Reglamento Roma I es directamente aplicable en todos los Estados miembros de la UE (art. 288 TFUE, antiguo art. 249.II TCE), excepto en Dinamarca (Protocolo 22 anejo al TFUE y antiguos arts. 1 y 2 Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TCE). El Reglamento Roma I es también aplicable al Reino Unido. Este Estado miembro no participó en la adopción del Reglamento Roma I, de modo que, a la fecha de entrada en vigor general del mismo, dicho Estado no estaba vinculado por el Reglamento Roma I (Cons. 45 Reg. Roma I). No obstante, el Reino Unido ha ejercitado su facultad de *opting-in* para convertirse en Estado miembro en el Reglamento Roma I (antiguo art. 69 TCE y arts. 1 y 2 del Protocolo núm. 4 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda) (Decisión 2009/26/CE de la Comisión de 22 diciembre 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento Roma I)". Calvo y Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, 485.

la necesidad de acudir a los ordenamientos jurídicos nacionales, que comúnmente son disonantes con las relaciones mercantiles internacionales.

En cuarto lugar, al tratarse de un método resolutivo o de determinación, el grado de anticipación que pueden tener las partes sobre las consecuencias jurídicas a que se verán sometidos es remoto. Solamente una vez que se suscita el conflicto de leyes, se dimensiona la complejidad de los puntos de conexión, se discutirá si existen reenvíos, en qué términos se hará las calificaciones, etc. Aspectos que no desaparecerían, así fueran más significativos los logros de la unificación del derecho internacional privado.¹¹⁶

A continuación, se tratará de la *lex mercatoria* como mecanismo alternativo para resolver la problemática de la inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos.

Insuficiencia de la nueva lex mercatoria

La nueva *lex mercatoria* es la forma como se ha identificado a una tendencia de producción normativa alterna a los ordenamientos jurídicos estatales dirigida a ordenar las relaciones comerciales internacionales. El contexto en el que se desarrolla primordialmente es el de las grandes empresas privadas con incidencia mundial. La necesidad de certeza jurídica para sus operaciones frente a la insuficiencia de las normas de conflicto, llevó a que los mismos operadores del tráfico internacional, en ejercicio de la autonomía privada, establecieran sus propias reglas de juego.¹¹⁷ A lo que se le unió el interés y apoyo de organizaciones internacionales principalmente de carácter gremial. Edificando, adicionalmente, sus propios medios de solución de conflictos, a través del arbitraje internacional.¹¹⁸

116 “[...] aunque las normas de conflicto literalmente sean iguales, existe, por diversos motivos y a través de diferentes mecanismos de técnica jurídica, una tendencia innegable de los tribunales estatales a aplicar su propia ley material —la *lex fori* (Heimwärtsstreben)— y no una ley extranjera [...]”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 38.

117 “[...] fueron los propios operadores económicos protagonistas del tráfico mercantil los primeros en reaccionar, de tal manera que, haciendo un amplio uso de la autonomía de la voluntad reconocida por los ordenamientos jurídicos nacionales, asumieron espontáneamente la tarea de suplantar al legislador y comenzaron a crear un complejo entramado de normas y reglas cuya finalidad última era la de dotar a las relaciones comerciales internacionales de la certeza y seguridad de las que estaban privadas”. Oliva Blázquez, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, 33.

118 “El crecimiento de las multinacionales (norteamericanas, europeas y japonesas), desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, ha hecho que muchas de estas tengan un poder mayor que el de muchos Estados. Estas empresas transnacionales dominan los mercados en los que operan, crean sus propias redes económicas superpuestas a las de los Estados soberanos y se regulan por sus propias normas, reconocidas como vinculantes en su mercado, e impuestas a las normas dispositivas estatales en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. A estos operadores se les unen las organizaciones o agencias internacionales independientes, que

Las acepciones más destacadas de la nueva *lex mercatoria* se diferencian porque, mientras en una se considera como punto central el ámbito de aplicación, la otra se concibe desde las fuentes. Sus principales exponentes son: Clive Macmillan Schmitthoff y Berthold Goldman, respectivamente. Schmitthoff, plantea que la *lex mercatoria* corresponde al conjunto de normas que regulan las relaciones comerciales internacionales sin tener en cuenta su origen, pudiendo ser derecho convencional, consuetudinario, arbitral, e inclusive nacional. Goldman, considera *lex mercatoria* solamente aquellas normas reguladoras del comercio internacional que surgen directamente del desenvolvimiento de los operadores mercantiles (principios, usos, costumbres), independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales.¹¹⁹

Se enlistan como principales fuentes formales de la nueva *lex mercatoria* las siguientes: formularios estandarizados y contratos tipo, la costumbre y los usos de comercio internacional, contratos autonormativos, contratos atípicos, normas de calidad y códigos de conducta, principios generales de la contratación internacional, guías legales y la jurisprudencia arbitral.¹²⁰

La nueva *lex mercatoria* se caracteriza por: su origen privado, puesto que la fuente de la *lex mercatoria* se encuentra en la acción normativa de los particulares, en los uso y costumbres elaboradas por la propia sociedad o comunidad internacional de comerciantes; y su independencia del derecho estatal, ya que son normas materiales especiales para el tráfico

pretenden mejorar la seguridad jurídica, la uniformidad y la justicia de las prácticas de comercio internacional; así como dirimir disputas entre los operadores del comercio internacional, a través de sus órganos de arbitraje, que actúan como verdaderos órganos «jurisdiccionales» de este Derecho anacional”. Anselmo Martínez Cañellas, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980* (Granada: Comares, 2004), 27, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/martinez.pdf>, consulta: 12 de octubre de 2013.

119 “la *lex mercatoria* es definida ya sea en relación con sus fuentes o a su ámbito de aplicación. Schmitthof toma la segunda postura; *lex mercatoria* significaría entonces todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo por ende convenciones internacionales, usos codificados y no codificados, instrumentos de *Soft-Law*, laudos internacionales, y aún leyes nacionales cuyo solo propósito es el regular operaciones comerciales de tipo transnacional; *lex mercatoria* sería entonces sinónimo de derecho comercial transnacional. Por otro lado, Goldman ve a la *lex mercatoria* de acuerdo a sus fuentes, o sea, como un conjunto de principios generales y reglas de uso y costumbre elaboradas o referentes al contexto del comercio internacional, que nacen de manera espontánea, y sin referencia a un sistema legal nacional en particular. Alejandro Falla, “La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances”, en *Jurídica: anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 34 (2004): 48, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/34/pr/pr5.pdf>, consulta: 6 de mayo de 2013.

120 Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 27.

jurídico externo de naturaleza comercial directamente aplicables sin tener en cuenta las reglas de conflicto estatales.¹²¹

La autonomía de la *lex mercatoria*; respecto de los ordenamientos jurídicos estatales, ha generado dos trazados generales: por una parte (autonomistas, Goldman), se sostiene que las relaciones mercantiles internacionales necesitan de unas normas propias e independientes, creadas por y para los comerciantes, fundadas en la posibilidad de autorregulación que se les brinda, y de las que existe convicción de obligatoriedad por otra parte (positivistas-Schmitthoff), se afirma que ese conjunto de normas aplicables al comercio internacional solo tiene fuerza vinculante en la medida que los Estados las reconozcan, introduciéndolas a los ordenamientos jurídicos a través de leyes internas, o porque hagan parte de convenciones o leyes uniformes.¹²²

Los defensores de la teoría de la nueva *lex mercatoria* sostienen que se caracteriza por su plenitud, se trata de un ordenamiento jurídico alternativo al derecho de los Estados, y se basta por sí misma para la regulación de los contratos internacionales. Adicionalmente, que los operadores del comercio internacional obran como un legislador privado internacional al margen de los legisladores nacionales, sustituyendo a los Estados.¹²³

Son múltiples las críticas que se le han hecho a la teoría de la nueva *lex mercatoria*, el origen de su juridicidad y su relación con el derecho estatal, el interés de los particulares de sustraerse a un ordenamiento estatal,

121 Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 50.

122 “Según la teoría *Autonomista* el comercio internacional tiene un carácter *sui generis* que requiere de un régimen especial de gobernabilidad. Este ordenamiento autónomo parece tener su soporte en tres pilares fundamentales: las prácticas del día a día de la comunidad internacional del comercio, los usos codificados en convenciones internacionales y los principios generales del derecho. Ese orden jurídico es espontáneo ya que se soporta en la voluntad de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía y del reconocimiento que la gran mayoría de Estados les ha otorgado, crean reglas que se identifican mejor con las necesidades de sus creadores. Pero no es solo la creación de las reglas por parte de los comerciantes lo que sustenta la existencia y validez de ese orden jurídico, también es el reconocimiento que los comerciantes y sus pares le otorgan a las reglas lo que las termina imponiendo. [...] De otra parte tenemos la aproximación *Positivista* que considera a la *Lex mercatoria* como un cuerpo normativo con origen transnacional pero que obtiene su vigencia únicamente por el reconocimiento que le otorgan los Estados al incorporar su contenido en la ley estatal, ya sea porque han sido promovidas como convenciones o leyes uniformes”. Maximiliano Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional* (Bogotá: UEC, 2009), 314.

123 Alfonso Calvo y Javier Carrascosa, “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*”, en *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. III, comp. Adriana Zapata de Arbeláez (Bogotá: UEC, 2010), 71.

su carácter fragmentario y no siempre público.¹²⁴ Su carácter unilateral, su aplicabilidad voluntaria y su objeto limitado.¹²⁵

Otros cuestionamientos que se le han hecho a la nueva *lex mercatoria* son: su generalización e imprevisibilidad (es demasiado amplia, vaga y general, originando inseguridad jurídica); la fragmentariedad e inoperatividad (no existe una *lex mercatoria* sino islotes de *lex mercatoria*); la falta de genuina universalidad (solo se queda en esfuerzos estrechamente limitados por el derecho nacional); la relativa legitimidad (obedece a unos intereses y necesidades específicas de un grupo social); la ausencia de rigor y de motivación (no se guía por ninguno de los cánones básicos del estudio científico-jurídico), la carencia de autonomía efectiva (se condiciona su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales), la dilución (proviene de diversas fuentes dispersas, lo que le resta cohesión), no ser un ordenamiento jurídico (al no ser un sistema jurídico, su pretensión de universalidad, autonomía, coherencia y efectividad eliminan cualquier posibilidad de su existencia en el escenario del derecho internacional).¹²⁶

Frente a la concepción de la *lex mercatoria* como un cuerpo sustantivo de normas, o como una verdadera ley en sí misma, se propone una perspectiva de la *lex* como concepto contentivo de principios y usos, en su mayoría no codificados. La *lex mercatoria* como un método, una forma de encontrar soluciones a problemas transnacionales.¹²⁷

124 Fernández y Calvo, aseveran, en cuanto a la primera crítica (el origen de su juridicidad y su relación con el derecho estatal), que se debe diferenciar el contexto de que se trate, si es contencioso o no y si es nacional o no. "En un plano no contencioso, es innegable el significativo papel de la *Lex mercatoria*. [...] En un plano contencioso internacional —arbitral—, cabe decir lo mismo. Pero en un plano contencioso estatal varía la situación. Ante el juez estatal, la *Lex mercatoria* tiene vigencia solo en la medida en que el derecho del Estado la consiente y tolera [...]". En relación con la segunda crítica (el interés de los particulares de sustraerse a un ordenamiento estatal), sostienen: "La sociedad internacional de los comerciantes —no se olvide— no es el paraíso terrenal. Como en cualquier sociedad, hay relaciones de poder, de dominación y de sumisión, adjetivadas por el ánimo de lucro. [...] la intervención del Estado es, desde esta perspectiva, instancia de protección de los débiles frente a los fuertes". Y, respecto a la tercera crítica (su carácter fragmentario y no siempre público), afirman: "En términos de estricta dogmática, resulta difícil admitir un ordenamiento no solo muy fragmentario sino, sobre todo, formulado por decisiones arbitrales no siempre publicadas o no siempre motivadas". Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 52.

125 Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 33.

126 Walter René Cadena Afanador, "la nueva *lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del derecho", *Papel Político* 13 (2001): 106, <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf>, consulta: 6 de mayo, 2013.

127 "Los mismos proponentes de la *lex* reconocen sus limitaciones. Goldman afirma que la *lex* no ofrece reglas de uso transnacional para todos los problemas, y que, por ende, a veces es necesario recurrir a sistemas jurídicos. Por su parte, Lando afirma que la *lex mercatoria* sigue siendo un cuerpo desfragmentado de normas, que nunca alcanzará el nivel organizativo y funcional de un sistema legal. Pero lo más importante, la *lex mercatoria* no puede ser jamás una ley en sí misma,

Se considera que, desde el punto de vista de la teoría del derecho, no es escandaloso hablar de orden jurídico trasnacional. No obstante, se trata de un conjunto de normas que está subordinado al derecho internacional y a los derechos nacionales. Su autoridad depende de la tolerancia de los órdenes jurídicos nacionales.¹²⁸

Al analizar los alcances de la nueva *lex mercatoria*, un aspecto trascendental es determinar si las partes pueden elegirla como la ley rectora de un contrato internacional, sin que se haga referencia alguna a un ordenamiento jurídico nacional. La respuesta a esta pregunta depende del contexto del que se trate. Si se está ante un juez, los efectos de la autonomía conflictual se dan solo si la elección es de un sistema jurídico nacional, de tal manera, que la referencia hecha a la *lex mercatoria*, sería entendida como ejercicio de la autonomía material, la cual se tendrá que atemperar a la norma que resulte aplicable, ya sea por elección de las partes o conforme lo determine las normas de conflicto. Tratándose del arbitraje comercial internacional, la *lex mercatoria* encuentra un espacio propicio para su proyección, de ahí que el concepto de *lex mercatoria* se lo vincule comúnmente al arbitraje. Sin embargo, en caso de incumplimiento del laudo arbitral, será necesario acudir al aparato judicial estatal.¹²⁹

La nueva *lex mercatoria* no tiene potencialidad auténtica para regular satisfactoriamente las complejas vicisitudes de los contratos internacionales por las siguientes razones: 1. No es derecho objetivo, los comerciantes que la crean

pues su aplicación queda sujeta siempre a la aprobación o remisión que efectúe un sistema local en particular. [...] la *lex mercatoria* es más que un conjunto de normas un método que, a través de un análisis comparativo y fáctico, nos arroja soluciones concretas para resolver un problema trasnacional, a través de la utilización y aplicación de usos y costumbres gestados en el seno internacional". Falla, "La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances", 57.

128 "[...] el derecho trasnacional solo puede ser aplicado por los tribunales de un determinado Estado si es aceptado y reconocido por el derecho de dicho Estado dentro de los límites de sus reglas de conflicto de leyes y si estas reglas lo sitúan junto al derecho extranjero". Michel Virally, *El devenir del derecho internacional* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 583.

129 "En cuanto a los jueces y tribunales estatales la *lex mercatoria* no puede ser nunca reconocida como la ley rectora del contrato aunque las partes incluyan una cláusula de elección del contrato en tal sentido, pues, [...] uno de los pocos límites con los que se encuentran las partes a la hora de ejercer la autonomía conflictual es que la elección sea a favor de un ordenamiento jurídico estatal. Ello no quiere decir que la *lex mercatoria* no se aplique sino que simplemente se tendrá como una manifestación de la autonomía material de las partes dentro de los límites impuestos por la ley reguladora del contrato internacional". Esperanza Castellanos, "Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales", en *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales*, dir. Alfonso Calvo y Jorge Oviedo (Bogotá: Gustavo Ibañez, 2006), 68. "Nor —as may be admitted before an arbitral tribunal— could a reference to the 'general principles of law' or the 'lex mercatoria' as the law governing the contract constitute a valid alternative. [...] in the absence of a sufficiently precise definition of the nature and content of such general principles or of the supposed *lex mercatoria* such a choice risks producing even greater uncertainty and unpredictability". Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 23.

no son legisladores, no forma parte del sistema de fuentes de los Estados actuales. 2. No es un verdadero ordenamiento jurídico, siendo inadecuada para la regulación de los contratos internacionales, porque: a) es un conglomerado multiforme de reglas variopintas de comportamiento comercial y carece de unidad sistemática; b) es un compendio de normas y reglas fragmentarias que rigen, exclusivamente, determinados aspectos de la contratación internacional y del comercio internacional; c) no es derecho consuetudinario; d) carece de un verdadero y eficaz sistema sancionador; e) carece de contenido sustancial propio, muchos de sus principios han sido reconocidos de tiempo atrás por el derecho internacional privado, es inseguro elegirla como ley aplicable ya que no se puede prever qué reglas van a ser aplicadas.¹³⁰

Por otra parte, el reducido impacto de la *lex mercatoria* se verifica porque no es común que los contratantes la elijan como normativa exclusivamente aplicable a los contratos internacionales, en ellos se sigue acudiendo mayoritariamente a los derechos estatales para establecer la ley aplicable al fondo del asunto.¹³¹

Así las cosas, la *lex mercatoria* debe ser entendida en su justa proporción, no desconociendo su importancia en la actualización del derecho privado, pero tampoco otorgándole atributos que no tiene.¹³²

Teniendo en cuenta los diferentes aspectos críticos de la nueva *lex mercatoria*, la pretendida solución a las dificultades suscitadas por las normas de conflicto se tornó inalcanzable. La *lex mercatoria* no es suficiente para dotar de certeza jurídica a las relaciones mercantiles internacionales. Los problemas que para el derecho mercantil internacional genera el derecho internacional privado no son resueltos por la *lex mercatoria*.¹³³

130 Calvo y Carrascosa, "Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*", 73-7.

131 "Descendiendo a detalles concretos, cabe afirmar, como indica P. Mayer, que existe un porcentaje del 0,8 % de contratos que han dado lugar a litigios resueltos a través de la ICC en los cuales la normativa reguladora del contrato internacional era una normativa distinta a una 'ley estatal'. [...] como muestra el informe estadístico de la ICC del año 2002, citado por M. Gómez Jene, de los casi 700 contratos sometidos al arbitraje de la ICC, solo uno de tales contratos tenía una cláusula expresa de sumisión a favor de los 'Principios UNIDROIT DE 1994', el 79 % de los contratos contenía una cláusula de sumisión a la ley de un Estado, el 18,3 % de tales contratos no contenía designación de ley aplicable al contrato por las partes, el 1,6 % de tales contratos se remitía a un arbitraje de equidad y un 0,7 % de los contratos se refería a los 'Principios generales del derecho' u otras 'reglas generales' indeterminadas", *ibid.*, 81.

132 "No se pueden exagerar las actuales dimensiones de la nueva *lex mercatoria* puesto que su juridicidad, al igual que los "usos del comercio internacional" o los "principios relativos a los contratos del comercio internacional" elaborados por UNIDROIT, queda en entre dicho, al no gozar de una eficacia normativa propia vinculante". Castellanos, "*Lex mercatoria* y autonomía privada en materia de contratos internacionales", 70.

133 "[...] resulta indiscutible que la nueva *lex mercatoria* constituye un factor trascendental en el marco del Derecho internacional general, pudiéndose afirmar que ese especial sector de participantes del tráfico externo que son los comerciantes ha dotado al actual derecho del

Ante la necesidad de un régimen jurídico propio de las relaciones comerciales internacionales, ni la unificación de las normas de conflicto, ni la *lex mercatoria* como derecho autónomo del comercio internacional, representan soluciones satisfactorias para el desenvolvimiento del tráfico mercantil internacional.¹³⁴ Estas circunstancias propiciaron la creación de un derecho sustancial uniforme del comercio internacional con el que se supere las diferencias legislativas nacionales que obstaculizan su fluidez.

Críticas al derecho uniforme

Son varias las críticas hechas al derecho uniforme del comercio internacional, entre otros aspectos, se le cuestiona su falta de autonomía y que no puede ser tratado como sinónimo del derecho mercantil internacional.

Para que el derecho uniforme fuera autónomo, tanto la producción de normas que lo conforma, como la resolución de conflictos, tendrían que estar por fuera del radio de acción de los Estados.¹³⁵ La recopilación de principios, de reglas y usos presentes en la contratación internacional, llevadas a cabo por organizaciones privadas, así como el fortalecimiento del arbitraje mercantil internacional, pareciera dar al derecho uniforme esa independencia. Sin embargo, por un lado, no todo el derecho uniforme es de exclusiva producción de la sociedad de comerciantes, y, por otro, para la ejecución de los laudos que profieran los tribunales de arbitramento se requerirá de la intervención de los órganos estatales.¹³⁶

comercio internacional de una importante nota de profesionalización. Mas de ahí a afirmar que este nuevo sector del ordenamiento posee un carácter completo, una fuerza obligatoria irresistible, es adelantar con mucho los acontecimientos, sobre todo en un período de continuas crisis económicas internacionales, y supone, en último término, una idea del concepto del Derecho cuando menos discutible". Fernández y Sánchez, *Derecho del comercio internacional*, 47.

134 "[...] la unificación de las normas de conflicto o la construcción de un Derecho autónomo del comercio internacional —en el ámbito de la denominada "nueva *Lex mercatoria*— distan todavía de representar una solución satisfactoria para el desenvolvimiento de este importante sector del tráfico mercantil". Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 43.

135 "Lo que ha de entenderse por autonomía no se encuentra rigurosamente precisado por los sectores enfrentados de la doctrina aun cuando de manera general puede entenderse por ella, en el estado actual de la construcción del Derecho uniforme, su cualidad para existir y desarrollarse al margen de los Estados, al amparo exclusivamente de la fuerza generadora desplegada por la sociedad civil y económica global". Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 65.

136 "[...] no puede afirmarse actualmente y de modo categórico la autonomía del sistema. Ni siquiera se puede predicar la misma de la *Lex mercatoria* entendida en su sentido más restrictivo, integrada tan solo por los usos internacionales y su periferia y aplicada en modo exclusivo por árbitros. Obviamente dicha afirmación cabe menos aún ser realizada respecto de la acepción amplia de la *lex mercatoria*: en esta [...], tiene cabida, junto con los usos comerciales y sus

Respecto al carácter uniforme del derecho del comercio internacional, se discute como problemático que su cobertura esté condicionada a lo que determine una comisión de las Naciones Unidas, adicionalmente el carácter uniforme implica la adopción de un método único de reglamentación.¹³⁷

El derecho uniforme del comercio internacional es un proceso inacabado, que ha tenido resultados parciales, poco alentadores, limitados, en ciertas áreas que, sobre todo por sus características, facilitan este tipo de labores. Además, sus alcances son restringidos por las dificultades que generan la adopción de los instrumentos internacionales por los Estados.¹³⁸

Por fragmentario, el derecho uniforme del comercio internacional no excluye el derecho del comercio internacional, ni al derecho internacional privado, ni a su método conflictual. Ante los vacíos del derecho uniforme, o ante dificultades interpretativas, las normas conflictuales contribuirán en completarlo o precisando criterios interpretativos.¹³⁹

Otras críticas al derecho uniforme del comercio internacional son: 1. La unificación legal internacional en materia de contratos solo cubre, contratos

subrogados, el derecho estatal convencional que gobierna mediante fórmulas los aspectos jurídico-privados del comercio internacional y los Principios del derecho mercantil internacional; mucho más restringidamente, la jurisprudencia arbitral”, *ibíd.*, 70.

137 El derecho del comercio internacional concebido como derecho uniforme, destinado a evitar conflictos de leyes, no a resolverlos, “[...] plantea el inconveniente de que el ámbito material está restringido a la voluntad de un órgano codificador dependiente de las Naciones Unidas que hasta hace pocos años no ha dado excesivas muestras de actividad normadora. [...] tampoco puede quedar esta restringida a un único método de reglamentación, el derecho uniforme. Efectivamente, si el Derecho del comercio internacional se hiciera depender del método normativo, nos encontraríamos con la negación del objeto, de los problemas, de la ciencia y de las soluciones. El derecho del comercio internacional es una realidad que solo en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del derecho uniforme, dado los límites y dificultades que este impone”. Fernández y Sánchez, *Derecho del comercio internacional*, 40.

138 “[...] los resultados obtenidos hasta el presente en la construcción de este *Derecho uniforme del comercio internacional*, a través de la unificación de las legislaciones nacionales, no son excesivamente alentadores. Una sustancial uniformidad jurídica solo se ha alcanzado en sectores muy concretos que, por la misma naturaleza de la materia regulada —piénsese, por ejemplo, en el derecho de transportes o de patentes—, hacían ineludible el compromiso que toda unificación jurídica comporta. [...] la significación que reviste la unificación legislativa del Derecho mercantil internacional, sin menospreciar los valiosos logros conseguidos, es más bien limitada, no solo por lo restringido de su ámbito, sino por la desvirtuación que muchas veces sufre la uniformidad jurídica a través del juego de las reservas o de la diferente interpretación por parte de los tribunales nacionales o, en fin, por el insuficiente número de ratificaciones que, con frecuencia, reducen la esfera de vigencia de las Convenciones internacionales a un área regional”. Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 59.

139 “La consecución de un texto de derecho uniforme no elimina, sin embargo, la concurrencia del método conflictual, máxime teniendo en cuenta la escasez de sus resultados positivos. Por una parte, muchos de estos textos tienen un ámbito de aplicación territorial o espacial limitado, o facultan la posibilidad de introducir reservas por parte de los Estados parte. Pero sobre todo, dichos textos plantean problemas interpretativos. La uniformidad de interpretación. [...] el sistema conflictual no solo tendría, dentro del derecho del comercio internacional, una función

específicos y aspectos muy concretos. 2. El derecho transnacional creado por los profesionales del comercio no es neutral. 3. Crear una legislación aplicable, exclusivamente, a los contratos internacionales, puede incrementar los costes para una empresa que opera tanto en el comercio internacional como en el comercio interno. 4. El derecho material uniforme esconde pretensiones de verdad totalizadora.¹⁴⁰

El derecho uniforme del comercio internacional, entendido como una técnica de reglamentación que dota directamente a la relación jurídica internacional de normas materiales independiente de su origen, constituye una de las principales manifestaciones del derecho mercantil internacional en la actualidad. Complemento del método resolutivo, propio del derecho internacional privado, el método preventivo del derecho uniforme, pretende brindar mayor seguridad jurídica a los partícipes del tráfico mercantil internacional.

completiva del Derecho uniforme en caso de lagunas [...], sino también una función localizadora del sistema jurídico en que la norma material uniforme debe ser interpretada [...]. Fernández y Sánchez, *Derecho del comercio internacional*, 51.

- 140 Calvo y Carrascosa, explican estas críticas al Derecho uniforme de la siguiente manera: 1. “Se habla de la unificación material del Derecho de contratos, pero eso es algo que solo existe, en realidad, a escala muy marginal. Por ejemplo: existe en relación con determinados aspectos del contrato de transporte, de la venta internacional de mercaderías, y de los contratos de consumo. Pero no existe en relación con el contrato de distribución, venta de establecimiento mercantil, venta de acciones de empresas, compraventa de inmuebles, contratos de financiación, *countertrade*, contrato de suministro, contrato estimatorio, contratos bursátiles, contratos publicitarios, donaciones, etc.”. 2. “Son reglas que reflejan los intereses y la voluntad de las grandes corporaciones multinacionales”. 3. “Dicha empresa se ve obligada a informarse sobre una pluralidad de normativas”. 4. “[...] crear un Derecho material uniforme que excluya cualquier otra alternativa supone eliminar normativas razonables para los contratantes que operan a nivel internacional”. Calvo y Carrascosa, “Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*”, 68. En esa línea, Garcimartín Alferez, planteando los beneficios asociados a la diversidad normativa, deja entrever aspectos críticos del Derecho uniforme, en los siguientes términos: “[La diversidad normativa] (a) Permite ajustar la regulación a la idiosincrasia socioeconómica o cultural de cada comunidad. Por eso, cuanto más heterogéneo es un Estado, mayores son los costes asociados a la uniformidad. (b) Corrige los defectos del sistema legislativo asociados a los grupos de presión: si los operadores pueden escoger otra regla, los intentos de un grupo de presión para establecer reglas a su favor y en perjuicio de la mayoría serán menos eficaces. (c) Incentiva la innovación normativa: los distintos Estados pueden verse como «laboratorios jurídicos» especializados y el «éxito» en el mercado como una prueba de su eficacia. (d) Permite una adaptación más rápida a las necesidades sociales, el Derecho uniforme, en cambio, es más difícil de modificar, se «petrifica» por decirlo de algún modo. (e) Permite concentrar los operadores en pequeños grupos donde los mecanismos reputacionales funcionan mejor. (f) Y por último, también se ha alegado que la legitimidad democrática del Derecho uniforme es bastante menor. Aunque no todos estos argumentos sean de igual peso, sí que son suficientes para admitir, al menos, el cuestionamiento del «mito de la unificación»”. Francisco Garcimartín, “La racionalidad económica del derecho internacional privado”, *Cursos de derecho internacional privado de Vitoria-Gasteiz* (Universidad del País Vasco, 2001), 110, http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_2.pdf, consulta: 30 de mayo de 2013.

El derecho uniforme no se identifica exclusivamente con las reglas que surgen de la sociedad de comerciantes, lo conforma igualmente las de origen estatal o legislado, por lo que no habría razón para cuestionar su existencia por el hecho de no ser independiente de los Estados. Al reconocer la existencia del derecho uniforme de producción autónoma, queda en entredicho que la cobertura del derecho uniforme esté condicionada a lo que determine la CNUDMI.

Si bien los alcances del derecho uniforme del comercio internacional se limitan a cierta temática, no se puede desconocer que se trata de un concepto que va adquiriendo poco a poco mayor protagonismo e identidad, con sus propios instrumentos, diferenciándose de los sistemas jurídicos nacionales.

Instrumentos normativos del derecho uniforme

Leyes modelo

Las leyes modelo son instrumentos legislativos de armonización del derecho a nivel internacional elaboradas por las agencias formuladoras. No son vinculantes, de tal forma que un Estado puede no introducirla a su ordenamiento, y si decide hacerlo podrá igualmente modificarla o adecuarla a sus necesidades, lo que relativiza su eficacia en los procesos de armonización.¹⁴¹

Es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para que lo incorporen a su derecho interno. Al incorporar la ley modelo a su ordenamiento jurídico, el Estado puede adaptar el texto de la ley a sus necesidades y, si conviene, modificar u omitir algunas de sus disposiciones.¹⁴²

Es un texto prejurídico con plena apariencia jurídica preparado por una agencia formuladora y presentado a los Estados para que estos, en el

141 Se trata de un “[...] mecanismo indirecto para lograr la uniformidad en cuanto, a pesar de su denominación, carecen de valor normativo y solo persiguen servir como ejemplo —como modelo— al legislador, que podrá corregirlo, adaptarlo en su integridad o, simplemente, inspirarse en sus planteamientos —además de, evidentemente, descartarlos—”. Pendón, “Preámbulo. Propósito de los principios”, 31.

142 “Es precisamente esta flexibilidad lo que, en varios casos, puede dar a una ley modelo mayor aceptabilidad que a una convención sobre la misma temática. Pero, a pesar de la flexibilidad de una ley modelo, cabe la posibilidad de invitar a los Estados (por ejemplo, mediante una resolución de la Asamblea General) a modificar lo menos posible la ley modelo al incorporarla a sus ordenamientos jurídicos, para así incrementar las posibilidades de lograr un grado satisfactorio de unificación y dar certeza sobre el grado de unificación”. Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario vol. XXXI B: 2000* (Nueva York; Naciones Unidas, 2003), 584, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-2000-s/2000_S_Vol_B.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

uso de la soberanía lo utilicen para confeccionar y promulgar una ley interna mediante la tramitación del correspondiente texto jurídico nacional de acuerdo con el procedimiento legiferante interno y sin que respecto del mismo quepa aplicar el mecanismo de ratificación aplicable a los instrumentos internacionales.¹⁴³

Tal instrumento, que suele ser adoptado en el seno de una conferencia internacional, no tiene carácter obligatorio directo, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha ley modelo.¹⁴⁴

Con las leyes modelo, como mecanismo de armonización, se establecen unos criterios para la aproximación entre ordenamientos, pretendiendo que haya correspondencia en la regulación de ciertas materias, y sus alcances están supeditados a la forma en que cada Estado las adopta.¹⁴⁵

Es un instrumento apropiado para la modernización y unificación de las leyes nacionales cuando se cuenta con que los Estados desearán o deberán reajustar el texto uniforme para adaptarlo a las condiciones del país, que varían de un ordenamiento a otro, o cuando no se requiera de una uniformidad absoluta. También sería apropiado adoptar una ley modelo cuando la finalidad del texto uniforme fuera, por un lado, establecer una pauta de derecho moderno en un ámbito en que los ordenamientos jurídicos fueran muy divergentes, no estuvieran desarrollados o estuvieran anticuados y, por otro, impulsar la unificación. Otra posible ventaja de la ley modelo es que resulta más fácil de negociar que un instrumento que contiene obligaciones inalterables.¹⁴⁶

El proceso de formación de una ley modelo no depende de acuerdos internacionales complejos como los necesarios para la construcción de una convención. La CNUDMI concluye y adopta las leyes modelo generalmente en sus períodos de sesiones anuales, contrariamente a lo que sucede con

143 Rafael Illescas y Pilar Perales, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, 59.

144 Fernández y Sánchez, *Derecho del comercio internacional*, 49.

145 “[...] una ley modelo no es lo mismo que una convención, ya que pretende ofrecer al legislador nacional un marco normativo aceptable que puede emplear en la creación, modificación o modernización de una determinada ley, mientras que la convención es la técnica normativa que ofrece el mayor grado de uniformización posible. Aquélla no es una ley vinculante propiamente dicha sino más bien una forma de armonización normativa indirecta o mediata, en tanto que el grado de uniformidad alcanzado depende del número de Estados que recurran a la misma y de la semejanza o coincidencia de las leyes resultantes”. Francisco Oliva Blázquez, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”, *Revista de Derecho Patrimonial* 19 (2007): 54.

146 Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario vol. XXXI B: 2000* (Nueva York; Naciones Unidas, 2003), 584, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-2000-s/2000_S_Vol_B.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

la adopción de una convención, para lo cual es necesaria la convocatoria a una conferencia diplomática. Este factor tal vez contribuya a que la preparación de una ley modelo resulte menos costosa que una convención, salvo que la Asamblea General adopte la convención asumiendo las funciones de una conferencia diplomática, tal como ha ocurrido en la mayoría de las últimas convenciones preparadas por la CNUDMI.¹⁴⁷

Existe, además, una marcada diferencia entre las convenciones y las leyes modelo, cuando un Estado decide ratificar una convención la posibilidad de maniobrar se reduce a las reservas y las declaraciones, entre tanto, las leyes modelo le permiten mayores posibilidades de actuación a los Estados.¹⁴⁸

Sin embargo, es incierta la capacidad armonizadora que tengan las leyes modelo, lo cual dependerá del grado de acercamiento que se tenga para con ellas por parte de cada Estado cuando legisle. Así como puede haber logros satisfactorios para la armonización y unificación, es posible igualmente que los resultados sean frustrantes. Para poder constatarlo, es necesario el estudio particular de la forma cómo las legislaciones respectivas abordaron el tema objeto de la ley modelo.¹⁴⁹

La insuficiencia de las leyes modelo como instrumento de unificación, se asemeja a lo que ocurre en la UE con las directivas, que, al ser textos que tienen que transponerse al ordenamiento jurídico de cada Estado, provocan divergencias que impiden la unificación real del derecho.¹⁵⁰

147 CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (Viena: Naciones Unidas, 2013), 16, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/12-57494-Guide-to-UNCITRAL-s.pdf>, consulta: 16 de octubre de 2013.

148 “[...] son normas que permiten un grado mayor de flexibilidad a la hora de su adopción por los Estados, puesto que operan por persuasión y permiten unas modificaciones de su contenido en la transposición a los derechos internos mucho más generosas que las que ofrecen las reservas en las Convenciones internacionales, lo que puede ir en detrimento de su efecto unificador. Esta flexibilidad permite a los Estados completar las lagunas que pueda tener la ley modelo objeto de transposición, así como modificar las expresiones legales para adaptarlas a las usadas en su derecho nacional”; Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 46.

149 “[...] la fuerza uniformadora de estos documentos internacionales es reducida: no solo los estados son soberanos y libres para decidir si adoptarlos o no sino que, además, en caso de una decisión favorable a la adopción o transposición nacional de una ley modelo, dicha operación es mudable en intensidad, extensión y tenor literal por cada uno de sus destinatarios, los diferentes Estados”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, 59.

150 “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. [...] La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”, Unión Europea, *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, art. 288 (antiguo art. 249 de TCE), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>, consulta: 9 de abril de 2014. “Esta norma, recogida en el artículo 249 del TCE (ex art. 189), debe su verdadera configuración al desarrollo jurisprudencial

Las leyes modelo se caracterizan por ser instrumentos de armonización, por regular asuntos del derecho mercantil internacional, son preparadas por las agencias formuladoras, no son vinculantes, son adaptables a las necesidades de cada país y con eficacia relativa en el proceso de armonización:

1. *Instrumento de armonización del derecho, no de unificación*: no se pretende con las leyes modelo lograr una regulación única y universal del comercio internacional. Sus propósitos son más modestos, pues se dirigen a la aproximación entre los ordenamientos jurídicos, que los haga compatibles entre sí, para que las decisiones tomadas sean afines. Por lo tanto, las leyes modelo tienen mayor cercanía con el concepto de armonización que con el de unificación del derecho.¹⁵¹
2. *Carácter internacional*: son inspiradoras las leyes modelo de los legisladores nacionales en asuntos atinentes al derecho mercantil internacional. Cuando los legisladores internos llevan a cabo el proceso de creación de normas, si la materia reviste trascendencia mercantil internacional, a través de las leyes modelo se les hace recomendaciones sobre aspectos propios del contexto en el que serán aplicadas. No obstante que las leyes modelo estén direccionadas a la regulación de situaciones privadas internacionales, si el legislador no diferencia, pueden terminar modificando la regulación de relaciones mercantiles internas.
3. *Preparado por agencias formuladoras*: en complemento a su carácter internacional, su gestación está asociada a las llamadas agencias reguladoras o formuladoras, las cuales construyen las leyes modelo en foros internacionales. Es el caso de la CNUDMI y del UNIDROIT.¹⁵²
4. *No vinculantes*: a pesar de su nombre y de tratarse de un instrumento legislativo, no son obligatorias para los Estados destinatarios.

llevado a cabo por el TJCE en su tarea interpretativa en relación con la transposición y aplicación sectorial del Derecho comunitario por los Estados miembros. En este sentido cabe destacar las sentencias del Tribunal de Luxemburgo que dictaminan la obligación de los Estados de transponer las Directivas en los respectivos ordenamientos internos en base a unos plazos y unas medidas que marcarán la pauta para la incorporación de la norma comunitaria en el Derecho nacional", Carmen Parra Rodríguez, *El nuevo derecho internacional de los contratos* (Barcelona: Bosch, 2002), 63.

151 "[...] es un texto destinado a reemplazar las reglas de conflictos existentes en cada uno de los Estados interesados, pero no está integrada ni anexa a una convención internacional, sino simplemente recomendada como proyecto de ley por el organismo que la ha elaborado", Ramón Viñas Farré, *La unificación del derecho internacional privado* (Barcelona: Bosch, 1978), 136.

152 La construcción de leyes modelo no es una labor exclusiva de la CNUDMI; el UNIDROIT también ha preparado leyes modelo sobre: Franquicia (2002) y Leasing (2008). Dichas leyes modelo pueden ser consultadas en <http://www.unidroit.org>.

Estos pueden apartarse de sus disposiciones sin que por ello haya lugar a sanciones del derecho internacional. No es necesario agotar el procedimiento de ratificación por parte de los legisladores internos como sucede con las convenciones. Su observancia dependerá de su poder de convicción intrínseco, mas no de elementos externos. Esta característica puede quedar en entredicho, cuando por razones económicas o políticas, los Estados son influenciados para realizar reformas legislativas.¹⁵³

5. *Adaptable a las necesidades de cada país*: una ley modelo es un mecanismo flexible de armonización, y en consecuencia permite que los Estados destinatarios modifiquen el texto uniforme en atención a las necesidades de adaptación de cada país. Por esta razón, las leyes modelo pueden ser más observadas que las leyes uniformes.¹⁵⁴
6. *Eficacia relativa en la armonización*: en conexión con su flexibilidad, las leyes modelo no arrojan grados de certeza en el proceso de armonización. Así como pueden ser seguidas fielmente por ciertos países, otros las modifican ya sea parcial o totalmente, o en casos extremos ni siquiera son tenidas en cuenta. Ello justifica estudios de derecho comparado que permitan concluir el impacto de las leyes modelo en materias específicas.¹⁵⁵

153 “[...] se ha perseguido la armonía internacional de soluciones mediante la admisión de normas carentes de obligatoriedad en el estricto sentido jurídico, porque no son coercibles, y su cumplimiento no se impone por los órganos estatales; pero que, sin embargo, tienen una efectiva vigencia en la práctica porque son aceptadas y obedecidas en forma voluntaria por los intervinientes en el comercio internacional”. Gonzalo Parra Aranguren, *Estudios de derecho mercantil internacional* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998), 318.

154 “Las Leyes modelo tienen como finalidad crear un derecho estatal armonizado mediante normas sustantivas (no atiende a problemas como la ley aplicable), además, pretende que sean introducidas en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, permitiendo la superación de los inconvenientes derivados de la coexistencia de diversas legislaciones mediante la aplicación de preceptos básicos, y abre la posibilidad a los Estados de introducir las modificaciones necesarias para atender a sus peculiaridades y circunstancias especiales”, *ibíd.*, 71. “En los casos en que hace falta una mayor adaptación a las circunstancias locales, en lugar de una Convención, [la] CNUDMI elabora una ley modelo, por ejemplo, la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional [...]”. John Honnold, “Las metas de la unificación”, *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 al 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 10, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf, consulta: 13 de octubre de 2013.

155 “[...] siendo una ventaja principal de las leyes modelo su flexibilidad, la cual permite a los legisladores nacionales que realicen las modificaciones que consideren indispensables. Es por tanto posible para los expertos encargados de la preparación de una ley modelo incluir disposiciones que juzguen como las soluciones más apropiadas a los problemas planteados, incluso si finalmente no todos los Estados que decidan inspirarse en la ley modelo introducirán todas sus disposiciones en sus leyes nacionales. El precio a pagar por esta mayor flexibilidad

7. Para contrarrestar esta deficiencia, la CNUDMI procura que en su proceso de elaboración los proyectos de leyes modelo sean sometidos a la consideración de todos los miembros de las Naciones Unidas; adicionalmente, al regular solamente relaciones comerciales internacionales, se espera que las leyes modelo sean llevadas a los ordenamientos jurídicos internos sin trascendentales modificaciones.¹⁵⁶

Convenciones

En procura de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, además de propiciar una mayor aceptación de las leyes modelo ya establecidas y la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas leyes modelo, a la CNUDMI se le encomendó fomentar la participación más amplia posible en las convenciones internacionales existentes y la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales.

La labor de preparar convenciones internacionales en asuntos del comercio internacional no nace con la CNUDMI, previo a su establecimiento se destaca la actividad de algunos órganos de las Naciones Unidas y de organizaciones intergubernamentales como el UNIDROIT y la COHADIP.¹⁵⁷

es por supuesto menos uniformidad, ya que un número de disposiciones diferirán de país en país”, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional* (Roma: UNIDROIT, 2005), XXXII.

¹⁵⁶ “Una serie de organizaciones internacionales tienen experiencia en la aplicación de ese método. A él se ajustó la CNUDMI al elaborar una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fue aprobada por una serie de países. Hay algunas diferencias en los instrumentos nacionales aprobados por la legislación nacional en los diversos países, pero sin embargo parece ser que la utilización de este método en la CNUDMI ha tenido también sus ventajas. Hay ciertas garantías en lo que se refiere al texto; aunque el Estado que lo apruebe pueda introducir en él algunos cambios, esos cambios no serán significativos. Hay muchos motivos para pensar así y habría tener en cuenta una serie de factores a este respecto. En particular, es importante que todos los textos, textos futuros inclusive (otra ley modelo sobre transferencias internacionales de créditos será aprobada en la reunión), sean de nuevo aprobados por la Asamblea General, después de sometidos a la consideración de todos los miembros de las Naciones Unidas. Una vez que la Asamblea General apruebe el texto, hay motivos para esperar, si luego se aprueba con arreglo al derecho interno, que el texto aprobado será el que haya elaborado la CNUDMI. Garantía importante de esto es que también los textos elaborados por la CNUDMI son textos que tratan únicamente de relaciones comerciales internacionales. De aquí que sea posible que los textos se aprueben sin que entren en conflicto las normas vigentes en determinados países. Esta especialización es una garantía de que la ley uniforme aprobada por la CNUDMI será de aprobación universal sin modificaciones sustantivas”, Sergej Lebedev, “Diversas técnicas de unificación”, 28.

¹⁵⁷ “Algunos de esos organismos son órganos de las Naciones Unidas, como las Comisiones Económicas para Europa, Asia y el Lejano Oriente, América Latina y África. Otros son organizaciones intergubernamentales, como el UNIDROIT, la COHADIP, y el Consejo de Asistencia Económica Mutua. Finalmente, otros han sido constituidos por comerciantes, como la CCI y el Comité Marítimo Internacional, o por juristas internacionales, como la Asociación

La unificación internacional del derecho a través del derecho uniforme convencional ha hecho uso de dos técnicas. Por un lado, incluye normas uniformes directamente en el texto de las convenciones, las llamadas convenciones integrales, en que las normas unificadas forman parte del entramado o composición de la convención. Por otro lado, incluir normas uniformes en una convención que los gobiernos se obligan a aplicar en su territorio. En este modelo la convención respectiva suele ir acompañada de una ley uniforme, cuyo texto deberán aprobar los Estados haciendo parte de su respectivo ordenamiento jurídico en complemento a la ratificación y la aprobación de la convención a la que se anexa.¹⁵⁸

En adición a tales técnicas, ya sea convenciones integrales o convenciones con ley uniforme anexa, la unificación internacional del derecho a través del derecho uniforme convencional ha pretendido abarcar en ocasiones tanto a las relaciones mercantiles internas e internacionales, y en otros eventos se ha destinado solo para las relaciones derivadas del comercio internacional.¹⁵⁹

de Derecho Internacional”, CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 24, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

158 “Teniendo en cuenta todos los matices, la unificación internacional del derecho se lleva a cabo mediante la utilización, o con ayuda, de dos modelos básicos. En primer lugar, está la inclusión de cláusulas que se hallan directamente en el texto de las convenciones o instrumentos internacionales. En segundo lugar, está la inclusión de normas uniformes o cláusulas en una convención que los gobiernos se obligan a aplicar en su territorio. Como es bien sabido, muchas convenciones se aprobaron con arreglo al segundo método, tales como el Convenio de Ginebra por el que se establecía una ley uniforme referente a las letras de cambio y pagarés a la orden, de 1930, y el Código Bustamante de Derecho Internacional Privado, adición este último de la Convención de La Habana de 1928 de Derecho Internacional Privado. Este método presenta ciertas ventajas, aunque en realidad, hay otro que se prefiere en la actualidad. Se trata de la aprobación de las llamadas convenciones integrales en las que las normas unificadas forman parte del entramado o composición de la convención. La utilización de cualquiera de esos métodos guarda relación con determinadas características especiales. Concretamente, en el caso de la aprobación de una ley uniforme como anexo a la convención, se da por supuesto que, junto con la ratificación y la aprobación de la convención, el Estado debería aprobar un segundo instrumento que sería el texto de la ley uniforme. Ese texto de la ley uniforme, en términos estrictos, seguirá existiendo y será aprobado con independencia de la convención porque la cesación o la terminación de la convención no significa automáticamente la cesación o la terminación de la ley uniforme como normativa nacional independiente de no indicarse nada en especial al respecto”, Sergej Lebedev, “Diversas técnicas de unificación”, 27.

159 “El derecho uniforme de origen convencional ofrece dos opciones: de un lado, la elaboración de convenios de derecho uniforme que derogan, en la materia afectada, las reglamentaciones internas de los Estados e imponen su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo [...] De otro lado, es posible que el convenio de derecho uniforme restrinja su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo

La materia específica objeto de regulación, así como las dificultades que en el contexto político se podrían presentar al considerarse afectada la soberanía de los Estados involucrados en el proceso, condujeron a concretar los esfuerzos de unificación convencional al ámbito de las relaciones mercantiles internacionales.¹⁶⁰

En el derecho uniforme convencional, en virtud de tratados, los Estados se obligan internacionalmente, de tal manera que su incumplimiento hace responsable a los Estados que hacen parte del proceso de unificación (esto se presenta particularmente con las convenciones aprobadas en el contexto de la CNUDMI).¹⁶¹

Las convenciones constituyen la principal vía para establecer un derecho uniforme sustancial del comercio internacional. En la gestación de una convención habitualmente interviene una agencia formuladora, la cual prepara el proyecto de convención y lo somete a aprobación en un foro internacional.¹⁶²

con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno". Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del derecho privado: Técnicas jurídicas y valoración de resultados", 17-44.

160 "La constatación de la especificidad técnica del tráfico mercantil internacional, de una parte, y, de otra, la conveniencia de no sacrificar la soberanía nacional más allá de lo estrictamente necesario en aras de la cooperación internacional en esta esfera del comercio mundial son las razones que han contribuido a restringir preferentemente el ámbito de la unificación del derecho mercantil al sector normativo que rige las relaciones internacionales", Fernández y Calvo, *Derecho mercantil internacional*, 58.

161 "Con independencia de que se apruebe la convención integral o la ley uniforme como anexo a la convención, en ambos casos se trata de unificación a que cada Estado se obliga internacionalmente en virtud de tratado, de cuyo cumplimiento es responsable el Estado que participe en esa unificación. Esto ocurre cuando se aprueba un tratado internacional, no en una conferencia diplomática, sino en un órgano como la CNUDMI, que por ejemplo aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio y pagarés internacionales, que luego se abrió a la firma por una resolución de la Asamblea General. Ese procedimiento es atractivo por muchas razones. Simplifica en gran medida la aprobación del texto elaborado por la CNUDMI, y no entraña los gastos que se producirían si lo elaborase una conferencia internacional. También hay otras ventajas. Sin embargo, parece ser que no es aconsejable utilizar este método de un modo sistemático. Puede utilizarse en casos en los que, por ejemplo, se ha llegado a un acuerdo total sobre el texto elaborado en el seno de la CNUDMI, y cuando hay motivos para que no surjan nuevas complicaciones en relación con la aprobación del documento. Si no hay seguridad de eso, el método puede acarrear ciertas complicaciones", Sergej Lebedev, "Diversas técnicas de unificación", 27.

162 "Como instrumento para la unificación internacional del derecho (particularmente, del derecho mercantil) ha prevalecido en el último siglo el mecanismo legislativo. El derecho uniforme del comercio internacional encuentra un sólido pilar en la iniciativa y la actuación conjunta de varios países soberanos, con el frecuente concurso de las denominadas *formulating agencies*, y se concluya o no el proceso posteriormente con una actuación legislativa interna (ILLESCAS). A través de las convenciones, se está creando un derecho uniforme sustantivo de la materia patrimonial privada, que atiende más a las exigencias del tráfico internacional que a la mera

Con las convenciones se alcanzan logros significativos en la unificación del derecho mercantil internacional, puesto que se trata de un instrumento vinculante para los Estados que lo hayan ratificado, pasando a ser parte del ordenamiento jurídico que la acoge.¹⁶³

La razón de estos efectos se encuentra en el hecho de que una convención en el fondo es un tratado multilateral, es decir, un tratado celebrado por más de dos Estados. A esta clase de tratados, a diferencia de los bilaterales, se les aplica reglas especiales, por ejemplo, respecto de la entrada en vigor, las reservas, el acceso de otras partes, su aplicación y terminación.¹⁶⁴

Precisamente, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969), se determina qué se entiende por tratado, y así en su artículo segundo, literal a), consagra: “se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.¹⁶⁵

Por lo tanto, así al instrumento internacional se le llame convención o convenio, por ser irrelevante su denominación, estaremos en presencia de un tratado internacional con todas las implicaciones que ello tiene.¹⁶⁶

No obstante, lo anterior no significa que una convención siempre sea un medio exitoso de unificación, ya que puede ocurrir que no reciba las ratificaciones suficientes para entrar en vigor, o entrando en vigor no tener una significativa aceptación, además del inconveniente que puede representar para la unificación la posibilidad del uso de reservas, en cuanto estas limitan el ámbito de aplicación de los textos jurídicos aprobados.¹⁶⁷

armonización de los ordenamientos mercantiles internos (OLIVENCIA), superando el método conflictual por el de la regulación material uniforme”, Pendón, “Preámbulo. Propósito de los principios”, 28.

163 “Se trata de la forma de unificar el derecho mercantil Internacional más respetuosa con la soberanía nacional de los Estados, ya que son estos los que las aprueban por medio de sus representantes en las correspondientes conferencias internacionales que las hacen nacer. [...] Estas ofrecen la ventaja de introducir las mismas disposiciones en los ordenamientos jurídicos internos de los países que ratifican, acceden o se adhieren a las mismas, así como la posibilidad de introducir normas de derecho imperativo (aunque este no es el caso de la CCIM, de contenido sustantivo plenamente dispositivo)”, Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 44.

164 Michel Virally, “Fuentes del derecho internacional”, en *Manual de Derecho Internacional Público*, comp. Max Sorensen (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011), 156.

165 Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969*, art. 2, lit. a) <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, consulta: 13 de octubre de 2013.

166 “[...] el tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional”, Michel Virally, “Fuentes del derecho internacional”, 155.

167 “La preparación de una convención multilateral requiere de un consumo de tiempo significativo que es, generalmente, altamente oneroso, si se atiende a los resultados que se obtienen. En las negociaciones comerciales son las fórmulas de compromiso, las que prevalecen y reflejan en

Los convenios internacionales son instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional que se caracterizan por su dependencia de la actuación de los Estados, y porque toman cierta distancia de la sociedad mundial de comerciantes, corresponde a una unificación de arriba hacia abajo (*top-down*), desde los Estados hacia la sociedad.¹⁶⁸

El caso emblemático de una convención exitosa en la unificación del derecho mercantil internacional, es la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. En la formación de esta convención la CNUDMI jugó un papel preponderante. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a la fecha ha entrado en vigor en 80 países.¹⁶⁹

Diferencias específicas entre las leyes modelo y las convenciones

1. Las convenciones primordialmente son mecanismos de unificación, no de armonización:

Generalmente una convención se utiliza cuando el objetivo es lograr un alto grado de armonización del derecho de los Estados participantes, reduciendo así la necesidad de que un Estado parte deba realizar investigaciones sobre el derecho de otro Estado parte. La obligación internacional asumida por ese Estado al adoptar la convención tiene como fin garantizar que la ley de dicho Estado parte se ajuste a las disposiciones establecidas en la convención de que se trate. Si no se puede lograr un alto grado de armonización o si se desea alcanzar un mayor grado de flexibilidad que

las convenciones internacionales la expresión del mínimo común denominador de intereses nacionales, al que están dispuestos a conceder los negociadores internacionales. [...] Estas características de las convenciones internacionales *hard law*, limitan seriamente su potencial innovativo; su ratificación también provoca un problema singular: pocas son las convenciones que entran en vigor ya que para ello requieren de un número determinado de ratificaciones”, Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, 654.

168 Según Illescas y Perales, “Las Convenciones y Tratados internacionales, ante todo, constituyen las normas más identificadas del DUCI [Derecho Uniforme del Comercio Internacional] y, al mismo tiempo, las menos autónomas e independientes en su producción y aplicación desde la perspectiva de los operadores destinatarios de ellos. En la medida en que su establecimiento y vigencia depende exclusivamente de la voluntad de los Estados menos deben a la sociedad global de mercaderes y más le resultan impuestos a esta. [...] los Tratados se acompañan incondicionalmente del auxilio estatal en orden al cumplimiento de las reglas que incorporan y a la ejecución de las resoluciones dictadas en su aplicación”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 50.

169 Los cinco últimos países en que ha entrado en vigor son: Brasil (1 de abril de 2014), San Marino (1 de marzo de 2013), Benin (1 de agosto de 2012), Turquía (1 de agosto de 2011), y República Dominicana (1 de julio de 2011). La información sobre todos los Estados en los que ha entrado en vigor está disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, consulta: 9 de abril de 2014.

sea adecuado para la cuestión examinada, se podría utilizar una técnica de armonización diferente, como por ejemplo una ley modelo o una guía legislativa.¹⁷⁰

Para los países que son parte de las convenciones, tales instrumentos son mecanismos de unificación. No se descarta que las convenciones puedan excepcionalmente terminar siendo mecanismos de armonización, como puede suceder en relación con países en los que las convenciones no hayan entrado en vigor.¹⁷¹

2. Las convenciones son vinculantes:

Una convención o un convenio se conciben para unificar el derecho al establecer obligaciones jurídicas vinculantes. Para ser parte en una convención, se solicita formalmente a los Estados que presenten un instrumento de ratificación o adhesión vinculante ante el depositario (respecto de las convenciones o convenios preparados por la CNUDMI, ante el Secretario General de las Naciones Unidas). La entrada en vigor de una convención depende habitualmente de que se deposite una cantidad mínima de instrumentos de ratificación.¹⁷²

3. Las convenciones no son adaptables a las necesidades de cada país:

Salvo en la medida en que permiten la formulación de reservas o declaraciones, las convenciones confieren poca flexibilidad a los Estados que las adoptan. Las convenciones negociadas en el ámbito de la CNUDMI generalmente no permiten a los Estados formular reservas ni declaraciones

170 CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 15.

171 “El hecho de que no estén en vigor en algún país no impide que dichas Convenciones sean aplicables a los contratos cuando en estos se manifieste expresamente la voluntad de las partes contratantes en sujetarse a las mismas [...]. En otras ocasiones, la aplicación directa se da aunque las partes no la hayan previsto expresamente, en virtud de la interpretación que el árbitro o el tribunal realiza de la voluntad de las mismas manifestada en el contrato. Otras veces se excluye la fundamentación de la decisión en una Convención no aplicable al caso, ni siquiera como parte de la *Lex Mercatoria*, afirmando que los principios contenidos en la misma no son internacionalmente aceptados. En otros supuestos, ante la falta de determinación de la norma aplicable al contrato, o ante la determinación de normas aplicables contradictorias, es el árbitro quien en fase de conciliación previa al arbitraje consigue que las partes acuerden la aplicación de una Convención que, en otro caso, no sería aplicable. Finalmente, son cada vez más frecuentes los casos en los que el árbitro o el juez deciden hacer referencia a artículos o principios extraídos de Convenciones internacionales para apoyar un razonamiento basado en el derecho interno o en los Principios generales de Derecho Mercantil Internacional”, Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 45.

172 “Tradicional y esencialmente, el tratado es un acuerdo entre Estados que obliga en virtud del principio *pacta sunt servanda*, el cual en sí es algo tautológico, ya que solo afirma que los acuerdos que obligan son obligatorios. [...] el consenso universal es que el hecho de no designar a un tratado con tal término carece de influencia sobre su naturaleza, desde el punto de vista del derecho internacional. Así, a los acuerdos que son tratados, con frecuencia se les llama convenciones, acuerdos, arreglos y declaraciones”, Michel Virally, “Fuentes del derecho internacional”, 200.

o lo permiten de manera muy restringida.¹⁷³ En algunos casos, la facultad para formular una reserva o declaración representa un compromiso que posibilitará a algunos Estados ser parte en la convención sin obligarse a observar la disposición a la que se refiere la reserva o declaración.¹⁷⁴

4. Las convenciones tienen un proceso más dispendioso de aprobación:

La construcción de una convención depende de acuerdos internacionales complejos. Para la adopción de una convención, a diferencia de una ley modelo, es necesaria la convocatoria a una conferencia diplomática. Este aspecto hace que la preparación de una convención sea más costosa que una ley modelo.¹⁷⁵

En general, el derecho uniforme convencional presenta dificultades como los costos, el tiempo, los límites que tienen los negociadores representantes de los Estados, la necesidad de un número mínimo de ratificaciones y la poca aceptación posterior por los Estados.¹⁷⁶

173 El artículo 95 de la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, incluye una reserva en los siguientes términos: “Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención”, Naciones Unidas, *Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Viena: 1980). <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, consulta: 16 de octubre de 2013. “De acuerdo con el artículo 95, cualquier Estado puede declarar que excluye el mecanismo de aplicación indirecta de la CISG, por lo que en principio los jueces y tribunales del foro reservatorio acudirán a la Convención únicamente en los casos en que las partes involucradas en la compraventa internacional tengan sus respectivos establecimientos en Estados Contratantes [art. 1.1. (a)]. Cuando esto no sea así, las normas de derecho internacional privado determinarán cuál es el ordenamiento jurídico interno aplicable”, Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 102.

174 “[...] la reserva: la manifestación hecha por una parte de no encontrarse dispuesta a aceptar alguna disposición determinada o de pretender alguna otra variación a su favor. Las reservas son de varias clases. Así, pueden ser recíprocas o no recíprocas. [...] Ya sea la reserva de carácter recíproco o no, el efecto de su aceptación, en relación con el tratado multilateral, debe ser que dicho tratado funcionará sin uniformidad”, Michel Virally, “Fuentes del derecho internacional”, 2015-8.

175 “[...] salvo que la Asamblea General adopte la convención asumiendo las funciones de una conferencia diplomática, tal como ha ocurrido en la mayoría de las últimas convenciones preparadas por la CNUDMI”, CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 16.

176 “A esta fórmula de compromiso se le ha calificado con razón como de alcance ‘minimalista’. [...] Este enfoque ‘minimalista’ que prima en las convenciones *hard law* se resume en la redacción de normas ‘oficiales’ o ‘positivas’ (vinculantes); en este enfoque cualquier otro tipo de normas se considera inciertas para ser uniformadas; este enfoque igualmente soslaya la disparidad proveniente de interpretaciones contradictorias de las mismas leyes o de la de sus comunes denominadores por tribunales, árbitros o pares contratantes y con ello la de un derecho transnacional, *verbi gratia* el derecho creado por las partes contratantes; e ignora finalmente el derecho que en forma cotidiana se forma en la práctica contractual o jurisdiccional. [...] Finalmente, cuando se considera que la Convención multilateral deba ser modificada, es necesario repetir el mismo procedimiento; su flexibilidad para su actualización es por tanto muy reducida. A esto hay que agregar que la comunidad

5. Mayor eficacia en el proceso de unificación

El derecho uniforme utiliza preferentemente como cauce de positivación el tratado internacional, específicamente el de carácter multilateral, lo cual presenta la ventaja de proporcionar certeza sobre la materia unificada.¹⁷⁷ En la medida en que es vinculante, la convención es la técnica normativa que ofrece el mayor grado de uniformización posible.¹⁷⁸

La principal diferencia entre estos instrumentos jurídicos del derecho uniforme se concentra en los compromisos internacionales que contraen los Estados, mientras que las leyes modelo no generan ningún tipo de responsabilidad internacional, las convenciones hacen que los Estados se obliguen internacionalmente. Como se explicará en el capítulo 3, la importancia de esta distinción, tiene que ver con la incidencia de cada instrumento en el proceso de armonización, puesto que las leyes modelo al no ser vinculantes tiene una eficacia relativa en el proceso de armonización, y las convenciones al ser vinculantes arrojan mayores grados de certeza en el proceso de armonización.

Guías legislativas

Las guías legislativas suelen acompañar a otros instrumentos del derecho uniforme como las leyes modelo. Con estos textos se pretende dar recomendaciones a los legisladores nacionales para que cuando vayan a introducir al derecho nacional alguna herramienta del derecho uniforme, especialmente las leyes modelo, tengan en cuenta ciertas circunstancias propias del contexto internacional en el que van a ser aplicadas, a pesar de que formarán parte del derecho interno. De esta manera se espera que sus efectos sean mayores en la armonización y unificación del derecho del comercio internacional.¹⁷⁹

internacional ha mostrado muy poca habilidad para actualizar los instrumentos aun cuando se hayan experimentado cambios de sustancia", Sánchez, "El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa", 653.

177 "Las fórmulas flexibles, sin embargo, presentan el inconveniente de su mayor inseguridad, tanto respecto de su vigencia como de su interpretación. Por ello, el cauce idóneo sigue siendo el derecho uniforme por la vía del convenio internacional. Los convenios de derecho uniforme prevalecen sobre parte de las reglamentaciones internas de los Estados e imponen su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo". Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", 37.

178 Oliva Blázquez, "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales", 54.

179 "Por su parte, la justipreciación de las guías legislativas, radica, justamente, en el balance de su contenido legal y económico. En efecto, las guías legislativas en su punto de origen consideran las diversidades de los sistemas legales para poder ofrecer soluciones alternativas

Un ejemplo de guía legislativa anexa, es la guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la cual establece que: “[...] la Ley Modelo ganaría en eficacia para los Estados que fueran a modernizar su legislación si se facilitaba a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información de antecedentes y explicativa que les ayudara eventualmente a aplicar la ley modelo”.¹⁸⁰

Pueden haber guías legislativas independientes de otros instrumentos del derecho uniforme, en cuyo caso tienden a orientar al legislador nacional en la elaboración de leyes, se estudian elementos importantes que deberían ser tomados en cuenta al realizar tal actividad, o se hacen indicaciones sobre posibilidades normativas adecuadas y pertinentes. Además, se busca con ellas que los Estados adopten medidas legislativas modernas y armónicas que faciliten el comercio internacional.

Algunos casos de guías legislativas independientes, preparadas por la CNUDMI, son: la *Guía Legislativa sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* (2000),¹⁸¹ la *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas* (2007),¹⁸² y la *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (2004, 2010).¹⁸³

A fin de fomentar el objetivo de la armonización y de ofrecer un modelo legislativo, los principios y recomendaciones deberían ser más que una simple declaración de objetivos generales. El texto proporcionaría un conjunto de posibles soluciones legislativas para determinadas cuestiones, pero no necesariamente un conjunto único de soluciones modelo para tales cuestiones. En algunos casos, quizá sea adecuado prever variantes en

para las partes en contratos específicos. En esta forma se intenta superar las consecuencias adversas provenientes de las diferencias en las normas legales. La guía legislativa proporciona fundamentos importantes para las valoraciones económicas de elementos contractuales en transacciones específicas. En ese contexto, los elementos jurídicos que se introducen en la guía legislativa, no se agotan en la perspectiva de eliminar las consecuencias resultantes de las diferencias provenientes de legislaciones domésticas, sino son constitutivas de un método para singularizar cláusulas contractuales que son de una gran relevancia jurídica”, Sánchez, “El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa”, 656.

180 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico* (Nueva York, 1999), 15, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 14 de mayo de 2013.

181 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada* (Nueva York, 2000), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2001Guide_PFI.html, consulta: 14 de mayo de 2013.

182 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas* (Viena, 2007), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/security.html, consulta: 14 de mayo de 2013.

183 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia* (Nueva York, 2004/10/13), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html, consulta: 14 de mayo de 2013.

función de consideraciones pertinentes. Al analizar las ventajas e inconvenientes de las diferentes decisiones, el texto ayudaría al lector a evaluar los diferentes criterios y a elegir el más adecuado para un determinado contexto nacional. También se podría utilizar el texto como referente normativo sobre cuya base tanto los gobiernos como los órganos legislativos pudieran examinar la idoneidad de las leyes, reglamentos, decretos y textos legislativos similares vigentes en un determinado ámbito y actualizar o renovar dicha legislación.¹⁸⁴

La principal diferencia entre las leyes modelo y las guías legislativas reside en que estas sirven de complemento a las leyes modelo y/o facilitan la labor del legislador en el proceso de adopción de una ley modelo al derecho interno. Las guías legislativas contribuyen directamente al derecho uniforme unilateral, puesto que orientan a los legisladores nacionales en la creación de normas inspiradas en instrumentos uniformes, en conjunción con leyes modelo o de forma independiente.

Guías jurídicas

Las guías jurídicas están dirigidas principalmente a las partes que intervendrán en un contrato de carácter internacional. Partiendo del análisis de los aspectos relevantes, dependiendo del contrato de que se trate, les brinda a las partes sugerencias sobre la forma adecuada de elaborar su clausulado.¹⁸⁵ Son herramientas de mucha utilidad para la contratación internacional, porque ofrecen una alternativa neutral a las partes para la elaboración de sus contratos, cuyo clausulado no se verá influenciado por el derecho nacional de ninguna de ellas.

La estructura de las guías jurídicas comúnmente está compuesta por dos partes: por un lado, se aborda de manera general al contrato en cuestión, identificando los aspectos esenciales que las partes deberán pactar para que sea eficaz; por otro lado, se propone a las partes los componentes específicos del respectivo contrato.¹⁸⁶ Su adopción se deja por completo a la

184 CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 18.

185 "Se trata [las guías jurídicas] de textos esencialmente didácticos, básicamente expositivos de las principales cuestiones que afectan a una determinada materia. Sus destinatarios pueden ser tanto los legisladores nacionales como los propios particulares, que encontrarán en ellas la sistematización de las correspondientes posiciones, orientaciones y, en algunos casos, propuestas y recomendaciones de modelos de cláusulas contractuales", Pendón, "Preámbulo. Propósito de los principios", 32.

186 "[...] las guías jurídicas se elaboran con la finalidad de establecer un cuadro jurídico apropiado para que las partes en un contrato internacional fijen de común acuerdo el contenido obligacional del mismo. [...] las guías jurídicas, en primer término, detectan, para el género de contrato al

voluntad de las partes contratantes, por lo que a ello estará supeditada su capacidad armonizadora. De ahí que sean consideradas como el mecanismo más débil de armonización del derecho uniforme.¹⁸⁷

La guía jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales (1987), en su introducción establece: “La guía no tiene valor normativo propio; trata simplemente de ayudar a las partes en la negociación y redacción de su contrato. Las diversas soluciones a las cuestiones examinadas en la Guía no regirán la relación entre las partes a menos que estas convengan expresamente en esas soluciones y las estipulen en el contrato [...]”.¹⁸⁸

Las partes pueden remitirse a una guía jurídica en la que se analicen varios de los problemas que plantea la redacción de un determinado tipo de contrato; se estudien diversas soluciones para dichos problemas; se describan las repercusiones, ventajas e inconvenientes de tales soluciones; y se recomiende la aplicación de determinadas soluciones en ciertas circunstancias. En esas guías jurídicas también pueden figurar cláusulas contractuales modelo para ilustrar distintas soluciones. El objeto de una guía jurídica puede no centrarse exclusivamente en la redacción del contrato, sino que podría tener un alcance más general y analizar cuestiones que podrían suscitar no solo el interés de los legisladores sino también de las autoridades normativas.¹⁸⁹ Finalmente, a la vista de las anteriores consideraciones, se puede decir que la principal diferencia entre las leyes modelo

que se refieren, las cuestiones y materias de mayor importancia sobre las que las partes han de convenir si se pretende concertar un contrato completo; en segundo lugar, ofrecen una solución convencional para dichos problemas desde una posición justa y equitativa, insertando incluso un ejemplo literal de cláusula en ciertas ocasiones”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, 57.

187 “La complejidad de las materias que aborda, los límites propios de esta técnica expositiva —el estudio de la práctica internacional— y la finalidad última que persiguen —colaborar en la formación y expresión de la voluntad de los contratantes— convierten a estas guías en el mecanismo más débil de armonización del derecho uniforme”, Pendón, “Preámbulo. Propósito de los principios”, 32. “Las guías, [...] son la más débil expresión del mecanismo armonizador del DUCI por vía de la incidencia directa sobre la voluntad de quienes participan en operaciones comerciales transfronterizas [...] Las guías jurídicas, [...] requieren en su uso una constante determinación de la voluntad de los contratantes sobre cada una de las cuestiones en ellas contempladas, sobre las que todo contrato del género debe de convenir si se pretende alcanzar un pacto íntegro y eficaz, así como sobre la disciplina convencional aconsejada para cada una de aquéllas por el propio texto de la guía”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, 57.

188 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales* (Viena, 1987), 3, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html, consulta: 14 de mayo de 2013.

189 CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 21.

y las guías jurídicas se pueden concretar en sus destinatarios. Mientras las leyes modelo se dirigen a los legisladores nacionales (en ello coinciden con las guías legislativas), las guías jurídicas se direccionan a las partes que eventualmente obrarán en una relación mercantil internacional. Además, las leyes modelo corresponden a la técnica legislativa y las guías jurídicas a la técnica explicativa.

Capítulo 2

LAS AGENCIAS REGULADORAS Y SUS INSTRUMENTOS NORMATIVOS

Las agencias reguladoras

El desarrollo del comercio internacional, la inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos, la insuficiencia de los métodos del derecho internacional privado y la insuficiencia de la *lex mercatoria*, propiciaron la conformación del derecho uniforme del comercio internacional.

Su gestación y consolidación ha sido el resultado de contribuciones hechas por múltiples instituciones, quienes además de proponer diversos instrumentos jurídicos también se han encargado de su difusión alrededor del mundo.¹⁹⁰

A estas instituciones se las ha identificado como agencias reguladoras, *formulating agencies* (Schmitthoff), organismos internacionales (Gondra), agencias formuladoras (Illescas); quienes han desempeñado un papel central en el movimiento para la unificación del derecho mercantil internacional.¹⁹¹

190 “Para cualquier lector no familiarizado con el desarrollo, evolución y aplicación de los nuevos instrumentos que vienen a configurar lo que con gran acierto se ha denominado el Derecho Uniforme del Comercio Internacional, no deja de ser llamativo el hecho de la existencia de diversas agencias formuladoras -*formulating agencies*-. Estas, en un primer momento, proyectan o elaboran normas; después crean todo un sistema de difusión y seguimiento de las mismas con el objetivo de facilitar el acceso de los operadores (entendiendo dentro de este grupo a los empresarios y a los juristas) a la ya ‘aplastante’ información que sobre la doctrina y jurisprudencia creada en torno a ese nuevo cuerpo normativo existe en diversos países”, Ma. del Pilar Perales Viscasillas, “La información sobre la Convención de Viena de 1980 —compraventa internacional de mercaderías— aumenta. Una llamada a los operadores jurídicos españoles”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html>, consulta: 25 de abril de 2014.

191 “El crecimiento de las multinacionales (norteamericanas, europeas y japonesas), desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, ha hecho que muchas de estas tengan un poder mayor que el de muchos Estados. Estas empresas transnacionales dominan los mercados en los que operan, crean sus propias redes económicas superpuestas a las de los Estados soberanos y se regulan por sus propias normas, reconocidas como vinculantes en su mercado, e impuestas a las normas dispositivas estatales en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. A estos operadores se les unen las organizaciones o agencias internacionales independientes, que pretenden mejorar la seguridad jurídica, la uniformidad y la justicia de las prácticas de comercio

Estos organismos internacionales pueden ser clasificados, por su conformación, como órganos gubernamentales y como no gubernamentales. Mientras que en la creación, estructura y funcionamiento de los primeros, los Estados son determinantes, los segundos son iniciativa de los privados, la misma sociedad internacional de comerciantes se ha encargado de conformarlos y fortalecerlos.¹⁹²

Este origen, intergubernamental o privado, repercute en el alcance de los instrumentos que produzcan, puesto que, comúnmente, unos van dirigidos primordialmente a los Estados y otros inicialmente a las partes contratantes. De ahí que su función puede variar, en ocasiones preparando proyectos de convención para ser discutidos en convenciones multilaterales, leyes modelo, guías legislativas, guías jurídicas; ya sea formulando principios; o recopilando la costumbre mercantil internacional.¹⁹³

En cuanto a las más destacadas agencias reguladoras, se debe diferenciar por un lado las gubernamentales, conformadas por: CNUDMI, el UNIDROIT de COHADIP, y el Consejo de Ayuda Mutua Económica. Y, de otra parte, las principales agencias reguladoras no gubernamentales: La CCI, el Comité Marítimo Internacional y la International Law Association.¹⁹⁴

internacional; así como dirimir disputas entre los operadores del comercio internacional, a través de sus órganos de arbitraje, que actúan como verdaderos órganos 'jurisdiccionales' de este derecho anacional", Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 26.

192 "The formulating agencies. It is obvious that the formulating agencies play a central role in the movement for the unification of international trade law. They can be arranged into two groups: intergovernmental and non-governmental agencies. The former are constituted and financially supported by states. The latter are created and maintained by the international business community and international lawyers", Clive M. Schmitthoff, "The Unification of the Law of International Trade" (1968), en *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International trade Law*, ed. Chia-Jui Cheng (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), 224.

193 Sobre las agencias reguladoras de origen gubernamental Illescas y Perales plantean que: "La fuente estatal, no obstante, suele actuar cuando del derecho uniforme del comercio internacional se trata bajo el impulso previo de las [...] agencias formuladoras: son estas organizaciones internacionales dotadas de la mas variada configuración jurídica, los cuales, antes de convocar a una conferencia diplomática en la que los estado ejerciten su poder creador de normas uniformes, han preparado el proyecto de convención objeto de discusión y posterior firma". Y, en cuanto a las agencias reguladoras no gubernamentales, los mismos autores manifiestan que: "Surge así una segunda especie de las ya aludidas agencias formuladoras, que no se asocian ni en su organización ni funcionamiento a los estados o a los organismos internacionales sino de manera directa a la sociedad de mercaderes y a sus más conspicuos asesores en cuestiones relativas al comercio internacional y su régimen jurídico", Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 44-7.

194 "The owing is a survey of the most important formulating agencies. Intergovernmental agencies. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRA, Vienna), The International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit, Rome), The Hague Conference on Private International Law (The Hague), The Council for Mutual Economic Assistance (CMEA, Moscow). Non-governmental agencies. The International Chamber

La formulación de normas reguladoras del comercio internacional por organismos internacionales “formulantes” constituye la característica más notable de la evolución moderna del derecho mercantil internacional.¹⁹⁵

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL)

Origen y características

En 1965 el representante de Hungría ante las Naciones Unidas propuso a la Asamblea General que se incluyera en el orden del día un punto relacionado con el desarrollo progresivo del derecho internacional privado con el propósito de promover el comercio internacional. Para el efecto recordó, que en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, la Asamblea General tiene la responsabilidad de fomentar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.¹⁹⁶

La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2102 (XX) del 20 de diciembre de 1965, solicitó al Secretario General un informe en el que se hiciera un estudio de la labor realizada en materia de unificación y armonización del derecho del comercio internacional, un análisis de los métodos y criterios adecuados para la unificación y armonización de

of Commerce (ICC, Paris), The International Maritime Committee (IMC, Antwerp), The International Law Association (ILA, London)”, Clive M. Schmitthoff, “The Unification of the Law of International Trade”, 224.

195 CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 24, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

196 E. Allan Farnsworth, “Uncitral-Why? What? How? When?”, *The American Journal of Comparative Law* 20, n.º 2 (1972): 314-5. “[...] fue el Gobierno húngaro el que propuso la introducción en el programa provisional de la Asamblea General en su décimo noveno período de sesiones de un nuevo tema con un título algo largo, ‘Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar al desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional’. En un memorando explicatorio adjunto se aclara que lo que se quiere dar a entender por ‘el desarrollo del derecho internacional privado’ no es tanto un acuerdo internacional sobre las normas de los conflictos de leyes aplicadas por los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, sino más bien la unificación del derecho privado sobre todo en el campo del comercio internacional. Esa propuesta no fue tenida en cuenta por la Asamblea General en su décimo noveno período de sesiones. Sin embargo, en el año siguiente, 1965, se volvió a presentar, acompañada de un memorando explicatorio idéntico al del año precedente para que se incluyera en el programa del vigésimo período de sesiones. Al aceptar esa petición, la Asamblea General resolvió a su vez remitir la cuestión a la Sexta Comisión”, André Erdős, “Nacimiento de la CNUDMI”, *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 al 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 7.

las diversas materias, y la consideración de organismos a los que podría encomendarse esta tarea.¹⁹⁷

El Secretario General presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 el informe solicitado (documento A/6396), sobre la base de un estudio elaborado por el profesor Clive M. Schmitthoff y las observaciones de cinco expertos en la materia. El informe del Secretario General contiene cuatro capítulos: en el primero, se analiza el concepto de derecho mercantil internacional, las técnicas jurídicas empleadas para resolver los conflictos de legislaciones relacionadas con el comercio internacional, y las fases en la evolución del derecho mercantil internacional; en el segundo, se estudia la labor de las organizaciones internacionales en la armonización y unificación del derecho mercantil internacional; en el tercero, se examinan los métodos utilizados en la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, y se identifican temas en los que se facilitaría esa labor; y en el cuarto, se señalan los logros alcanzados y las dificultades existentes, las medidas a tomar, el papel de las Naciones Unidas y se considera la posibilidad de crear una CNUDMI.¹⁹⁸

Teniendo presente el informe del Secretario General, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, estableció la CNUDMI.¹⁹⁹

En la citada resolución, la Asamblea General reafirmó que las divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas

197 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 2102 (XX), *Examen de las medidas que se deberán adoptar para impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional privado con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional* (20 de diciembre de 1965), Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 19, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

198 CNUDMI, *Informe del Secretario General. Desarrollo Progresivo del Derecho Mercantil Internacional*, Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970 (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 19, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

199 “La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) lleva varias décadas destinando gran parte de sus esfuerzos y recursos a la tarea de armonizar las reglas que rigen los contratos mercantiles universales que se plantean en comercio global del siglo XXI, superando las soluciones nacionales o particulares. UNCITRAL ha logrado anuar los principios jurídicos provenientes de diferentes ordenamientos, mediante equilibrios complejos y delicados; se legitima así su posición como agencia formuladora capaz de elaborar el derecho exigido por una economía globalizada, y por supuesto sin desconocer la labor de otras organizaciones en el ámbito de los contratos mercantiles internacionales y del arbitraje comercial internacional, como el UNIDROIT o la Cámara de Comercio Internacional (CCI-ICC)”, María del Pilar Perales Viscasillas, “La contribución del derecho uniforme del comercio internacional a la integración económica regional en los países del DR-CAFTA”, en *Seminario sobre Nociones Actuales del Derecho Comercial Internacional en el contexto de un mundo globalizado* (Santo Domingo: CNUDMI, 2010), 3.

con el comercio internacional constituyen uno de los obstáculos al desarrollo del comercio mundial. Consideró conveniente que el proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional se coordine, sistematicamente y acelere sustancialmente y que para estimular el progreso en este campo se obtenga una participación más amplia, siendo conveniente que las Naciones Unidas desempeñaran un papel más activo en la reducción o eliminación de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional.²⁰⁰

Como función general de la CNUDMI se estableció que fomentará la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Para ello se le atribuyeron las siguientes funciones específicas: a) la coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas; b) el fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas; c) la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera; d) el fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional; e) la reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, del derecho mercantil internacional; f) el establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; g) el mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional; y, h) la adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones.²⁰¹

Además de la función de coordinación de las organizaciones internacionales que realizan actividades en este campo, también se autorizó

200 "La CNUDMI fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966. Su mandato es el promover la armonización y modernización progresiva del derecho del comercio internacional mediante la preparación y el fomento de la utilización y adopción de instrumentos legislativos y no legislativos en diversos temas clave del derecho mercantil internacional", Maximiliano Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional* (Bogotá: UEC, 2009), 250.

201 Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución 2205 (XXI), *Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (17 de diciembre de 1966), 110, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/pre.html>, consulta: 08 de mayo de 2013.

a la CNUDMI para que desempeñara funciones legislativas mediante la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes.²⁰² Tales facultades generaron la incertidumbre de cuál sería la relación con otras agencias reguladoras como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la COHADIP y la CCI.

La resolución que la instituye dice que cuando ejerza las funciones legislativas la CNUDMI lo hará en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esa esfera. En esa dirección, la secretaría realiza consultas, invita a las organizaciones interesadas, tanto a asistir a las reuniones como a participar en los grupos de trabajo. Sin embargo, la actividad principal de la CNUDMI ha sido más legislativa que coordinadora.²⁰³

Los integrantes de la CNUDMI se seleccionan entre los Estados miembros de las Naciones Unidas y representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico. El número de miembros inicial en 1966 ascendía a 29 Estados. En 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo amplió a 36 y en 2002 a 60.²⁰⁴

202 “Estos instrumentos se negocian a través de un proceso internacional en el que intervienen diversos participantes, entre ellos los Estados miembros de la CNUDMI, que representan diferentes tradiciones jurídicas y diversos niveles de desarrollo económico; los Estados no miembros; las organizaciones intergubernamentales, y las organizaciones no gubernamentales. Por lo tanto, esos textos gozan de una gran aceptación, dado que ofrecen soluciones adecuadas a Estados con distintos ordenamientos jurídicos y a países que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico”, Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional*, 252.

203 Aron Broches, “Nacimiento de la CNUDMI”, *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 al 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 6. “One of the continuing uncertainties that surrounds the activities of UNCITRAL is the extent to which it threatens these older organizations. The Hague Conference has experienced little concern, since the original Hungarian proposal explained that for present purposes the term “private international law” was used to refer to “private law mainly in the field of international trade” rather than “international agreement on the rules of the conflicts of law”, and the Commission has not been active in the field of the conflict of law. But the relationship between the Rome Institute and Uncitral has from the outset been an uneasy one, a fact that the reader of the yearbook will not find explicitly stated but which he might do well to keep in mind in reading the documents that it contains”, Farnsworth, “Uncitral-Why? What? How? When?”, 316.

204 “Según los objetivos de la CNUDMI se acogen dichas herramientas por consenso, nunca se adoptan por mayoría o se utiliza cualquier otro medio de imposición política, y durante la elaboración de los trabajos están representadas todas las regiones del mundo, lo cual otorga una importante credibilidad y certeza jurídica. En las consultas e investigaciones de la secretaría, los grupos de expertos, grupos de trabajo y reuniones en pleno, participan importantes expertos de naciones y organizaciones lo que le da un alto grado de calidad práctica a los instrumentos legales”, Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional*, 253. “La CNUDMI ha sido estructurada para garantizar la representación de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. Así, entre los 60 Estados miembros que la conforman figuran 14 Estados africanos, 14 asiáticos, ocho de Europa oriental, diez de

Por su representatividad, al ser un órgano de la ONU, se percibió como un foro apropiado para contribuir de manera más significativa al proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional, ya que iniciativas anteriores como la COHADIP y el UNIDROIT, eran organizaciones fuertemente influenciadas por países industrializados de Europa Occidental.²⁰⁵

Su labor se organiza y se desarrolla en tres niveles. El primer nivel corresponde a la CNUDMI en sí, a menudo denominada la comisión, que celebra un período anual de sesiones plenarias. El segundo nivel corresponde a los Grupos Intergubernamentales de Trabajo que, en gran medida, desarrollan los temas relativos al programa de trabajo de la CNUDMI. El tercer nivel está constituido por la secretaría, que presta asistencia a la comisión y a sus grupos de trabajo en la preparación y realización de sus respectivas labores.²⁰⁶

Las materias base de su programa de trabajo fueron establecidas en 1968 al realizarse el primer período de sesiones. La lista de temas fue: compraventa internacional de bienes, arbitraje comercial, transportes, seguros, pagos internacionales, propiedad intelectual, eliminación a la discriminación al comercio internacional, representación y legalización de documentos. La comisión decidió que se debía dar prioridad a los siguientes temas: compraventa internacional de bienes, pagos internacionales y arbitraje

América Latina y el Caribe, y 14 de Europa occidental y otros Estados”, CNUDMI, *Guía de la CNUDMI datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 3.

205 “Unification of international trade law did not, of course, begin with UNCITRAL or with United Nations. Of particular importance to the United States, among the earlier initiatives, are the International (Rome) Institute for the Unification of Private Law, and the Hague Conference on Private International Law, [...]. But these organizations are dominated by the industrialized free-enterprise nations of Western Europe, who, even where they do not form a numerical majority of the membership, exercise a controlling influence over their activity. It is therefore not surprising that the initiative to throw at least some of this activity into the United Nations came from an Eastern European country and received support from many developing nations”, Farnsworth, “Uncitral-Why? What? How? When?”, 315.

206 “The role of the Secretariat has been determined by a few basic facts of time and space. The Commission meets once a year; during two to four weeks it considers the progress of overall programs in several complex and diverse legal fields. In the Working Groups, national representatives come together from all parts of the globe, from diverse legal and linguistic backgrounds, for annual sessions of two or three weeks. All of the representatives have primary, fulltime responsibilities in their Universities or Ministries. For these reasons, progress at the legislative sessions has depended on preparatory materials provided by the Secretariat: studies analyzing the divergences among the existing legal rules; reports on commercial practices that assist in making a choice among existing rules or in developing a new approach; draft statutory texts, formulated at crucial spots with clearly-labelled alternatives to facilitate debate and decision with a minimum of confusion or misunderstanding”, Honnold, “The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods”, 209.

comercial.²⁰⁷ No todos los temas inicialmente propuestos han sido abordados por la comisión, es el caso de los seguros, la eliminación de la discriminación en las leyes que afectan al comercio internacional, la representación y la legalización de documentos.²⁰⁸ Además, se han incluido otros temas al programa de trabajo, como contratos de financiación, transportes, comercio electrónico, contratación pública, conciliación comercial internacional, insolvencia, garantías reales, solución de controversias por vía informática y las microfinanzas.²⁰⁹

La CNUDMI es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.²¹⁰ La legitimidad de su labor requiere la existencia de una necesidad universal de normas que faciliten el desarrollo del comercio internacional. Su única arma es la persuasión, lo cual a su vez requiere de unos textos legales aceptables y de gran calidad. La aceptabilidad universal de las normas legales uniformes no

207 CNUDMI, *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. I: 1968-1970* (Nueva York: Naciones Unidas, 1971), 81, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/yb_1968-70_s.pdf, consulta: 16 de octubre de 2013.

208 “[...] el catálogo de materias elegido en la UNCITRAL posee un carácter restrictivo. Ello sin duda ha obedecido a razones de estrategia codificadora de este organismo, como demuestra la lentitud con la que se ha desarrollado; no ha habido, en efecto, en los primeros años de vida resultados espectaculares. El proceso de unificación y armonización está aún muy lejos de conseguirse pero, con todo, los resultados obtenidos han sido importantes”, José Fernández Rozas, “El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México* 5 (2000): 173.

209 “La CNUDMI, en un primer paso, elige ciertos temas en los que observa una falta de adecuación entre la legislación vigente y la práctica comercial contemporánea. Decidida la materia a armonizar, en un segundo paso, se esfuerza por encontrar soluciones aceptables por todos los Estados. Asimismo, la CNUDMI se ocupa de informar si los países ratifican alguna convención o si incorporan a su derecho interno alguna ley modelo, a través de su sitio en Internet. Cabe destacar, por ser una confusión común, que la CNUDMI no está facultada para actuar en controversias, por ende, no nombra árbitros, ni administra actuaciones arbitrales, ni presta asistencia letrada en tales procesos. Tampoco puede prestar asistencia a los particulares en la interpretación de disposiciones de derecho interno ni de sus propios textos”, Luciana B. Scotti, “El Rol de los Organismos Internacionales en la Armonización del Derecho Internacional Privado” (Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales), 22, www.caei.com.ar, consulta: 18 de junio de 2016.

210 José Jerez, *Comercio internacional* (Madrid: Esic, 2011), 39. “La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) facilita el comercio mundial mediante la preparación de convenios, leyes modelo, normas y guías jurídicas cuyo objeto es armonizar el derecho mercantil internacional. Establecida por la Asamblea General en 1966, la Comisión, integrada por 60 naciones, agrupa a representantes de las diversas regiones geográficas del mundo y de los principales sistemas económicos y jurídicos. Al cabo de los años, la CNUDMI se ha convertido en el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en la esfera del derecho mercantil internacional. La División de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas ejerce las funciones de secretaria de la comisión”, Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas Hoy* (Nueva York: Departamento de Información Pública, 2009), 330.

podrá conseguirse a menos que las normas no resulten hostiles a los usuarios. Los comerciantes, los mercaderes, los banqueros y los juristas aceptarán los textos de la CNUDMI si llegan a la conclusión de que les conviene guiarse por esas normas en sus operaciones mercantiles internacionales.²¹¹

Instrumentos normativos de la CNUDMI

Una vez establecida, la CNUDMI ha trabajado en múltiples textos como, convenciones, leyes modelo, guías legislativas, guías contractuales; y sobre diversos temas: arbitraje y conciliación comercial internacionales, compraventa internacional de mercaderías, garantías reales, insolvencia, pagos internacionales, transporte internacional de mercaderías, comercio electrónico, contratación pública y desarrollo de la infraestructura.²¹²

Desde un comienzo estuvo claro que los objetivos requerían gran flexibilidad en la selección de los medios para conseguirlos. Lo mismo cabe decir del tipo de instrumento, convención, ley uniforme, ley modelo, guía jurídica o normas unilaterales adoptadas; como de la técnica utilizada para llegar a formular esos textos, con inclusión del diverso grado de participación de la secretaría, consultores, grupos de trabajo y aportes de otras organizaciones.²¹³

Son tres las técnicas empleadas, con diferentes tipos de compromiso y aceptación: legislativa, contractual y explicativa. La técnica legislativa comprende convenciones, leyes modelo, guías legislativas y disposiciones modelo. La técnica contractual incluye ciertos reglamentos. La técnica explicativa contiene guías jurídicas, guías de prácticas y declaraciones interpretativas.²¹⁴

211 Willem Vis, "Preparación de unas normas legales uniformes de aceptación universal", *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 18-22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 13.

212 "Los textos de la UNCITRAL se dividen en diversas categorías o tipos formuladores según su alcance e intensidad jurídica. Desde el tratado internacional que vincula a los Estados por su ratificación sin que quepa variar un ápice el texto del tratado salvo lo dispuesto en las reservas, pasando por las leyes modelos, esto es, modelos que se ofrecen a los legisladores para que diseñen su propio texto interno; hasta las guías jurídicas que, sin ser un texto con vocación legislativa, buscan ofrecer una guía para conocer las particularidades de específicas transacciones generalmente como guías para la redacción de contratos comerciales internacionales", María del Pilar Perales Viscasillas, "La contribución del Derecho Uniforme del Comercio Internacional a la integración económica regional en los países del DR-CAFTA", en *Seminario sobre Nociones Actuales del Derecho Comercial Internacional en el contexto de un mundo globalizado* (Santo Domingo: CNUDMI, 2010), 9.

213 Aron Broches, "Nacimiento de la CNUDMI", 6.

214 CNUDMI, *Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 14.

En el siguiente cuadro se especifican las materias y los años, en orden cronológico, de las leyes modelo preparadas por la CNUDMI:

MATERIA	AÑO
Arbitraje comercial internacional	1985 (enmiendas) 2006
Transferencias internacionales de crédito	1992
Contratación pública de bienes y obras	1993
Contratación pública de bienes, obras y servicios	1994
Comercio electrónico	1996
Insolvencia transfronteriza	1997
Firmas electrónicas	2001
Conciliación comercial internacional	2002
Insolvencia transfronteriza: La perspectiva judicial	2011
Contratación pública	2011

Fuente: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html.
Elaboración propia.

Las últimas leyes modelo que ha elaborado la CNUDMI se han complementado con sendas guías para su incorporación al derecho interno, en las que figura información de antecedentes y otras explicaciones para orientar a los gobiernos y legisladores en la utilización del texto. En estas guías figura, por ejemplo, información para ayudar a los Estados a determinar qué disposiciones de la ley modelo podría modificar eventualmente para tomar en consideración las circunstancias nacionales específicas; información sobre las deliberaciones del grupo de trabajo acerca de las posibles opciones y otras consideraciones, así como cuestiones no tratadas en el texto de la ley modelo que tal vez sean pertinentes al tema de la ley modelo.²¹⁵

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

Origen y características

Los orígenes del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado se remontan al año 1924, cuando se puso en consideración a la Asamblea de la Sociedad de las Naciones una propuesta del Gobierno

²¹⁵ *Ibid.*, 17.

italiano, a raíz de una iniciativa del senador Vittorio Scialoja, catedrático de derecho romano de la Universidad de Roma, para el establecimiento en Roma de un UNIDROIT para que el Gobierno italiano se comprometiera a pagar una contribución anual.²¹⁶ El 31 de marzo 1926, dicho Gobierno confirmó su compromiso de establecer y mantener el Instituto con el propósito de “armonizar y coordinar las normas de derecho privado de los distintos Estados o grupos de Estados, con el fin de promover gradualmente la adopción de un sistema uniforme de derecho privado por los diferentes Estados”. El 20 de abril de 1926, el Presidente del Consejo dio aviso de la aceptación por parte de la Sociedad de Naciones de la oferta del Gobierno de Italia. El Instituto fue fundado en 1926 y oficialmente inaugurado el 30 de mayo de 1928. Al abandonar el Gobierno italiano la Sociedad de Naciones, en 1937 da por terminado el acuerdo, pero declara que el Instituto seguirá existiendo como una organización autónoma. En 1939, el Consejo Directivo propuso al Gobierno italiano que el instituto se reorganice como una unión de Estados. Se invitó a los Estados, miembros de la Sociedad de Naciones y otros gobiernos, para expresar su acuerdo con el nuevo estatuto del instituto. La propuesta fue acogida por varios Estados, entrando en vigor el estatuto el 21 de abril de 1940.²¹⁷

En la actualidad, el UNIDROIT cuenta con 63 Estados miembros, provenientes de los cinco continentes.²¹⁸

Conforme al art. 1 de su Estatuto, los fines del UNIDROIT son: examinar la manera de armonizar y coordinar el derecho privado de los Estados y grupos de Estados y preparar gradualmente para la adopción por parte de los diferentes Estados de reglas uniformes de derecho privado. Para ello, el instituto deberá: a) elaborar los proyectos de leyes y convenciones, con el objeto de establecer un derecho interno uniforme; b) elaborar propuestas de

216 “La Sociedad de Naciones creó otras instituciones de carácter especial, además del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, tales fueron el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado y la Oficina Internacional Nasen para los refugiados”, Moisés Poblete, *La Comunidad Internacional Contemporánea* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1958), 79.

217 Lena Peters, *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011), 13-5. “Con la separación de Italia de la Sociedad de las Naciones, en 1939, comienza en segundo período de trabajos del UNIDROIT. En efecto, no obstante la grave crisis existente a nivel mundial, el convencimiento de la necesidad de asegurar la continuación de los trabajos impulsó al Consejo Directivo a redactar un Estatuto Orgánico con la finalidad de garantizar su autonomía en la esfera internacional; y el veintiuno de abril de 1940 el nuevo instrumento ya había logrado la adhesión de veintiún Estados”, Gonzalo Parra Aranguren, “La importancia del UNIDROIT en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 86 (1992): 45.

218 UNIDROIT, “MEMBERSHIP / ETATS MEMBRES”, <http://www.unidroit.org/about-unidroit/membership>, consulta: 15 de mayo de 2013.

convenios con el fin de facilitar las relaciones internacionales en el ámbito del derecho privado; c) realizar estudios de derecho privado comparado; d) interesarse en los proyectos ya iniciados en cualquiera de estos campos por otras instituciones con las que se pueden mantener relaciones como sea necesario; e) la organización de conferencias y la publicación de trabajos que el Instituto considere dignos de amplia circulación.²¹⁹

Su labor, tal y como hemos visto, se divide en tres períodos: el primero, desde su creación en 1926 como parte de la Sociedad de Naciones; el segundo, desde 1940 obrando de manera independiente a la Sociedad de Naciones; y el tercero, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial en 1945.²²⁰

La estructura se compone de una Secretaría, un Consejo Directivo y la Asamblea General.²²¹ En cuanto a sus métodos de trabajo, existe una fase preliminar en la que la Secretaría elabora un estudio de viabilidad y/o un informe de derecho comparado preliminar para definir la conveniencia de la reforma legislativa. El informe se presenta ante el Consejo Directivo, quien le solicita a la Secretaría que convoque un grupo de estudio, comúnmente presidido por un miembro del Consejo, para preparar un anteproyecto de convenio o cualquier otro instrumento de unificación. La siguiente fase es la de negociación intergubernamental; tratándose de un anteproyecto de convenio, el consejo suele pedir a la secretaria que convoque un comité de expertos gubernamentales cuya tarea será la de finalizar un proyecto de convención para la adopción en una conferencia diplomática que puede ser convocada por un Estado miembro. Si se trata de instrumentos distintos de una convención, no es necesario este

219 UNIDROIT, "STATUTE OF UNIDROIT", art. 1, <http://www.unidroit.org/about-unidroit/institutional-documents/statute>, consulta: 15 de mayo de 2013.

220 "Desde su creación el UNIDROIT ha elaborado alrededor de setenta estudios y proyectos relacionados con la compraventa y materias afines, crédito, transporte, responsabilidad civil, procedimiento civil y turismo", Gonzalo Parra Aranguren, "La importancia del UNIDROIT en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano", 51.

221 La Secretaría es un órgano ejecutivo responsable de llevar a cabo su programa de trabajo, está dirigida por un Secretario General nombrado por el Consejo Directivo, a propuesta del Presidente del Instituto, el Secretario General está asistido por un equipo de funcionarios internacionales y personal de apoyo. El Consejo Directivo supervisa los medios por los cuales los objetivos estatutarios del Instituto han de ser alcanzados, y en particular la forma en que la Secretaría lleva a cabo el programa de trabajo elaborado por el Consejo, se compone de un miembro ex officio, el Presidente del Instituto, y 25 miembros electos, en su mayoría jueces eminentes, profesionales, académicos y funcionarios. La Asamblea General es el máximo órgano de decisión de UNIDROIT, vota el presupuesto del Instituto cada año, aprueba el programa de trabajo cada tres años, y elige al Consejo Directivo cada cinco años, está compuesta por un representante de cada país miembro. UNIDROIT, "STRUCTURE", <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsamid=103284>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

procedimiento, en cuyo caso el consejo directamente puede autorizar su publicación y difusión.²²²

Instrumentos normativos de UNIDROIT

Durante sus diferentes períodos de funcionamiento, UNIDROIT ha preparado múltiples textos, tales como, convenciones,²²³ leyes modelo,²²⁴ principios²²⁵ y guías.²²⁶

Los diferentes instrumentos que pueden ser adoptados por UNIDROIT tienen variados propósitos: los convenios, protocolos y leyes modelos están dirigidos a los legisladores; los principios están, en primer lugar dirigidos a las partes, a los árbitros y jueces, incluso los legisladores a menudo se inspiran en ellos cuando elaboran los proyectos de ley; las guías legislativas también se dirigen a los legisladores, no se pretende que sea un instrumento vinculante, son solo para ayudar a los legisladores; las guías jurídicas, por otra parte, están dirigidas a las partes y sus asesores legales cuando van a realizar un acuerdo.²²⁷

222 UNIDROIT, "WORKING METHODS", <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

223 Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías (La Haya, 1964); Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (La Haya, 1964); Convención Internacional sobre los Contratos de Viaje (Bruselas, 1970); Convenio que establece una ley uniforme sobre la forma de un testamento internacional (Washington, DC, 1973); Convenio sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías (Ginebra, 1983); Convención sobre Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa, 1988); Convención sobre Factoring Internacional (Ottawa, 1988); Convención sobre Bienes Culturales Robados o Exportados Ilícitamente (Roma, 1995); Protocolo del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil sobre Cuestiones Específicas de los Elementos de Equipo Aeronáutico (Ciudad del Cabo, 2001); Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil (Ciudad del Cabo, 2001); Protocolo de Luxemburgo en el Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil en Asuntos Específicos de Material Rodante Ferroviario (Luxemburgo, 2007); Convenio Relativo a las Normas Sustantivas de Valores Intermediados (Ginebra, 2009); Protocolo del Convenio Relativo a Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil sobre Cuestiones Específicas de los Bienes Espaciales (Berlín, 2012). UNIDROIT, "Instruments", <http://www.unidroit.org>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

224 Ley Modelo de Franquicia (2002); Ley Modelo sobre *Leasing* (2008); disposiciones legales modelo sobre la propiedad estatal de los bienes culturales no descubiertos (2011). Instituto UNIDROIT, "Instruments", <http://www.unidroit.org>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

225 Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994, 2004, 2010) y Principios de Procedimiento Civil Transnacional (2004). UNIDROIT, "Instruments", <http://www.unidroit.org>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

226 Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional (1998, 2007). UNIDROIT, "Instruments", <http://www.unidroit.org>, consulta: 6 de noviembre de 2013.

227 Lena Peters, *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, 26.

Los principios sobre los contratos comerciales internacionales

Los principios sobre los contratos mercantiles internacionales ocupan un lugar preponderante en los instrumentos jurídicos de UNIDROIT.²²⁸ Se

- 228 Sobre los Principios de UNIDROIT, en general, ver Gesa Baron, "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html> [Citada el 23 de abril de 2014]. Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010). Michael Joachim Bonell, "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", *The American Journal of Comparative Law* 40, n.º 3 (1992): 617-33. Michael Joachim Bonell, "Métodos de armonización no legislativos", *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 18 a 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 33. Michael Joachim Bonell, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?", *Uniform Law Review* (1996): 26-39, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html>, consulta: 24 de abril de 2014. Michael Joachim Bonell, "The UNIDROIT Principles in Practice—The Experience of the First Two Years", *Uniform Law Review* (1997): 34-45, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pr-exper.html>, consulta: 24 de abril de 2014. Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Nueva York: Transnational Publishers, 2006). Michael Joachim Bonell, *Un «codice» internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* (Milano: Giuffrè Editore, 2006). Michael Joachim Bonell, "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, comp. Camilla B. Andersen y Ulrich G. Schroeter (Londres: Simmonds and Hill Publishing, 2008), 62-76. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell5.html>, consulta: 24 de abril de 2014. Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (Nueva York: Transnational Publishers, 2009). Michael Joachim Bonell y Roberta Peleggi, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table", *Revue de Droit Uniforme*, vol. XIV (2009): 436-554, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-3-bonell-peleggi-e.pdf>, consulta: 24 de abril, 2014. E. Allan Farnsworth, "An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *University of Baltimore Law Review* (1997): 1-7, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html>, consulta: 24 de abril de 2014]. E. Allan Farnsworth, "The American Provenance of the UNIDROIT Principles", *Tulane Law Review* (1998): 1985-1994. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns2.html>, consulta: 24 de abril de 2014. Jorge Adame Goddard, "Hacia un concepto internacional de contrato", en *Contratación internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT* (Ciudad de México: UNAM / Universidad Panamericana, 1998). Maren HEIDEMANN, *Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice* (Berlin/Heidelberg/Nueva York: Springer, 2007). Fabrizio Marrella, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html>, consulta: 24 de abril, 2014. Lars Meyer, "Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization", *Denver Journal of International Law and Policy* (2006): 119-55. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/meyer.html>, consulta: 24 de abril de 2014. David Moran, coord., *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional* (Navarra: Aranzadi, 2003). Nathan O'Malley y Lisa Bench Nieuwveld, "The UNIDROIT Principles: Are

han publicado tres ediciones de los principios sobre los contratos mercantiles internacionales, en 1994, en 2004 y en 2010.

El Consejo de Dirección de UNIDROIT, en la introducción a la edición 1994, señaló que: “El objetivo de los Principios de UNIDROIT es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicados. A la vez, este objetivo se refleja en su presentación formal y en la política general que los inspira”.²²⁹

Se resaltan las aplicaciones de los principios, las cuales aparecen enunciadas en el preámbulo. Además de mencionar que se destinan a los contratos mercantiles internacionales,²³⁰ se advierte que las partes los pueden

They Law?”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, n.º 2 (2007): 299-304, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/omalley-nieuwveld.html>, consulta: 24 de abril de 2014. David Oser, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008). Gonzalo Parra, “La importancia del UNIDROIT en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano” Lena Peters, *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*. María del Pilar Perales, “El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>, consulta: 23 de abril de 2014. Javier Mauricio Rodríguez Olmos, comp., *Principios de UNIDROIT. Estudios en torno a una nueva “lingua franca”* (Bogotá: UEC, 2013).

229 UNIDROIT, Consejo de Dirección de UNIDROIT, *Introducción a la edición 1994 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Roma, 1994), XV, <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>, consulta: 16 de mayo de 2013. “Aún más ambicioso es el proyecto de UNIDROIT para la preparación de ‘Principios relativos a los contratos mercantiles internacionales’. Se trata, en efecto, de una tentativa de codificar principios generales de derecho contractual a escala universal, es decir, se pretende recoger todos los principales sistemas jurídicos del mundo y utilizarlos tanto en las relaciones Este-Oeste como en las relaciones Norte-Sur”, Michael Joachim Bonell, “Métodos de armonización no legislativos”, *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 18 a 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 33, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf, consulta: 13 de octubre de 2013.

230 “La vocación universal de los Principios de UNIDROIT explica por qué desde el comienzo se ha juzgado necesario limitar su alcance a la contratación mercantil internacional, excluyendo con ello los contratos puramente internos o los contratos concluidos con los consumidores. Después de todo, precisamente en el contexto de las relaciones internacionales es donde más necesidad hay de semejante instrumento. Así pues, con ayuda de los principios, los magistrados o los árbitros que hayan de resolver cuestiones de interpretación o completar los textos legislativos internacionales podrán con más facilidad evitar recurrir a criterios y normas propios de esta o aquella legislación interna y adoptar una solución autónoma e internacionalmente uniforme. Además, las partes, al determinar la ley que ha de regir su contrato, no tendrán que enfrentarse ya con la necesidad de optar por una legislación nacional determinada, que inevitablemente sería desconocida o poco conocida para al menos una de ellas, o hacer referencia a unos ‘usos y costumbres del comercio internacional’ no mucho mejor definidos o a la enigmática *lex mercatoria*, cuyo contenido concreto puede muy bien variar según el ámbito cultural especial de los árbitros. Al aprobar los principios, las partes dispondrán de un conjunto de normas

invocar directamente o indirectamente, como cuando se haga alusión a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones afines, en cuyo caso, serían aplicables frente al silencio de las partes sobre el derecho rector del contrato. Igualmente, son aplicables como recurso interpretativo, y como modelo para los legisladores.²³¹

Cuando las partes elijan expresamente los principios como las normas de derecho que rige el contrato, se recomienda combinar esta clase de cláusula con un acuerdo de arbitraje.²³² La razón de esta sugerencia tiene que ver con la posible limitación que hagan las leyes nacionales a la libertad de elección del derecho aplicable, mientras que los árbitros no están obligados por una ley nacional específica. Así, los principios se aplicarían con exclusión de cualquier ley nacional, con sujeción solo a las normas de derecho interno que sean obligatorias independientemente de qué ley rige el contrato.²³³

La aplicación de los principios cuando las partes acuerdan que su contrato se rija por “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Ante la dificultad de acordar como derecho aplicable a un contrato internacional una ley nacional específica, las partes optan por la fórmula de referirse de manera general a los “principios generales del derecho”, a los “usos y costumbres del comercio internacional”, a la “*lex mercatoria*”, etc. Esta remisión que hacen las partes sin identificar los principios

que por la manera en que han sido elaboradas brindan plenas garantías de imparcialidad, y al mismo tiempo son suficientemente detalladas y concretas como para permitir la adopción de soluciones previsibles”, Bonell, “Métodos de armonización no legislativos”, 33.

231 “Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales”, UNIDROIT, *Preámbulo principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales 2004* (Roma, 2004), 1, <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>, consulta: 16 de mayo de 2013.

232 UNIDROIT, *Comentario oficial de UNIDROIT al Preámbulo de los Principios* (Roma, 2004), 3, <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>, consulta: 22 de abril de 2014.

233 Sobre la elección expresa por las partes de los principios como la norma que rige el contrato ver: Laudo arbitral n.º 243/1998 del 28 de mayo de 1999, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1384>, consulta: 23 de abril de 2014; Laudo arbitral n.º 260/25-00 del 22 de diciembre de 2000, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Bielorrusia, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1382>, consulta: 23 de abril de 2014.

y normas de carácter supranacional o transnacional ha sido criticada, entre otros motivos, debido a la extrema vaguedad de tales conceptos.²³⁴ Con el fin de evitar, o al menos reducir considerablemente, la incertidumbre que acompaña al uso de tales conceptos, poco precisos, podría ser aconsejable, con el fin de determinar su contenido, recurrir a un conjunto sistemático y bien definido de reglas tales como los principios.²³⁵

Los principios pueden ser aplicados si las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Para la determinación del derecho aplicable frente al silencio de las partes se acude a las normas pertinentes del derecho internacional privado, pero en el ámbito del arbitraje comercial internacional las reglas sobre la determinación del derecho aplicable cuando las partes no lo han elegido son flexibles, autorizando a los tribunales arbitrales a aplicar las normas de derecho que consideren apropiadas. Por esta vía se podría llegar a los principios, sobre todo, cuando se puede inferir de las circunstancias que las partes pretenden excluir la aplicación de cualquier ley nacional, o cuando el contrato presenta los factores de conexión con muchos países y ninguno es lo suficientemente preponderante para justificar la aplicación de una legislación nacional para la exclusión de todas las demás.²³⁶

Los principios utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Actualmente se busca interpretar y complementar el derecho internacional uniforme por referencia a los principios y criterios autónomos e internacionalmente uniformes, dejando a un lado la tradicional remisión a principios y criterios del derecho interno

234 UNIDROIT, *Comentario oficial de UNIDROIT al Preámbulo de los Principios*, "b. The Principles applied as a manifestation of 'general principles of law', the '*lex mercatoria*' or the like referred to in the contract", <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>, consulta: 23 de abril de 2104.

235 Sobre los principios como expresión de la *lex mercatoria* a la que se hace referencia en el contrato ver: Laudo arbitral n.º 12040 de 2003, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418>, consulta: 23 de abril de 2014; Laudo arbitral n.º 12111 del 6 de enero de 2003, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=956>, consulta: 23 de abril de 2014. Sobre los principios como la expresión de "principios generales del derecho" mencionados en el contrato ver: Laudo arbitral n.º 8264 de 1997, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=658>, consulta: 23 de abril de 2014; Laudo arbitral n.º 9474 de 1999, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=690>, consulta: 23 de abril de 2014.

236 UNIDROIT, *Comentario oficial de UNIDROIT al Preámbulo de los Principios*, "c. The Principles applied in the absence of any choice of law by the parties", <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>, consulta: 23 de abril, 2104. Sobre la aplicación de los principios cuando el contrato no dice nada sobre el derecho aplicable ver: Laudo arbitral n.º 7375 de 1996, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>, consulta: 23 de abril de 2014; Laudo arbitral n.º 8261 de 1996, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=624>, consulta: 23 de abril de 2014.

(en esa línea la Convención de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 7). Los jueces y árbitros, según el caso concreto, han debido extraer tales principios y criterios autónomos para interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme haciendo estudios de derecho comparado, ahora con los principios se podrían simplificar esa labor.²³⁷

Los principios pueden servir para interpretar o complementar el derecho interno. Principalmente cuando la controversia se refiere a un contrato comercial internacional y se va a aplicar una legislación nacional específica, puede ser conveniente recurrir a los principios como una fuente de inspiración, de este modo la ley nacional en cuestión sería interpretada y completada con arreglo a las normas internacionalmente aceptadas y/o las necesidades especiales de las relaciones comerciales transfronterizas.²³⁸

Adicionalmente, los principios pueden servir de modelo para los legisladores. A nivel nacional, los principios pueden ser particularmente útiles para los países que carecen de un cuerpo desarrollado de normas jurídicas relativas a los contratos y que tienen la intención de actualizar su legislación, al menos en lo que respecta a las relaciones económicas con el exterior, a las normas internacionales vigentes. No muy diferente es la situación de los países con un sistema legal bien definido, pero que después de los recientes cambios dramáticos en su estructura sociopolítica tiene una necesidad urgente de volver a escribir sus leyes, en particular las relativas a las actividades económicas y empresariales. A nivel internacional, los Principios podrían convertirse en un término importante de referencia para la elaboración de convenciones y leyes modelo.²³⁹ Los principios han servido como una importante fuente de inspiración de recien-

237 Respecto a la aplicación de los principios para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme ver: Laudo arbitral n.º 12460 de 2004, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1411>, consulta: 23 de abril, 2014; Laudo arbitral n.º 111.2011 del 3 de febrero de 2012, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1733>, consulta: 23 de abril de 2014.

238 UNIDROIT, *Comentario oficial de UNIDROIT al Preámbulo de los Principios*, "6. The Principles as a means of interpreting and supplementing domestic law", <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>, consulta: 23 de abril de 2104. Con relación a la aplicación de los principios para interpretar o complementar el derecho interno ver Laudo Arbitral n.º 10346 de 2000, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=700>, consulta: 23 de abril de 2014; Laudo arbitral n.º 173.2011 del 23 de agosto de 2012, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1731>, consulta: 23 de abril de 2014.

239 UNIDROIT, *Comentario oficial de UNIDROIT al preámbulo de los principios*, "7. The Principles as a model for national and international legislators", <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1>, consulta: 23 de abril de 2104.

tes codificaciones, es el caso del Código Civil holandés (1992), el Código Civil de Québec (1994) y el Código Civil de la Federación Rusa (1994).²⁴⁰ De igual manera, los principios han influenciado los códigos civiles de Estonia y Lituania (2001), la reforma francesa sobre prescripción en materia civil (Ley 2008-561 de 17 junio de 2008) y, en parte, el Código Civil alemán (BGB) de 2002.²⁴¹

En el movimiento hacia la construcción de un derecho mercantil internacional, la publicación de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales es un aporte importante ya que buscan una extensa aplicación de sus normas. Efectivamente, los principios contienen principios generales aplicables a todo tipo de contratos comerciales internacionales, sea que tengan ya una regulación internacional específica, como la compraventa internacional, en cuyo caso servirán como reglas subsidiarias o complementarias, sea que no la tengan y entonces podrán servir como reglas directamente aplicables.²⁴²

Los principios carecen de fuerza obligatoria, esto significa que, su observancia no está supeditada a los órganos de los Estados y su aplicación dependerá del convencimiento que genere su valor intrínseco, en otras palabras, de su poder de persuasión.²⁴³ A pesar de ser un instrumento no vinculante, el impacto de los principios puede llegar a ser mayor que el de una convención internacional, porque estas cuando concluyen no tienen fuerza vinculante, solo representan una indicación provisional de apoyo de los Estados participantes, siendo incierto si llegan a entrar en vigor, a diferencia de los que representan el compromiso incondicional y el consenso de los estudiosos de renombre internacional de todo el mundo.²⁴⁴

240 Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 156.

241 María Concepción Pablo-Romero Gil-Delgado, "Avances en la aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6, n.º 1 (2014): 262, <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1917/910>, consulta: 24 de abril de 2014.

242 Jorge Adame Goddard, "Hacia un concepto internacional de contrato", 16.

243 "[...] el Consejo de Dirección es plenamente consciente del hecho de que los principios, no necesitando la aprobación de los gobiernos y representando un instrumento no vinculante, se aceptarán dependiendo de su poder de persuasión", UNIDROIT, Consejo de Dirección de UNIDROIT, *Introducción a la edición 1994 de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Roma, 1994), XVI, <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>, consulta: 22 de mayo de 2013. Según Illescas y Perales, "[...] tales recopilaciones por el momento poseen para cada relación concreta la fuerza de obligar que las partes de la propia relación hayan querido atribuirle expresamente en el concreto caso", Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 60.

244 Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 25.

Por otro lado, están compuestos por el preámbulo y once capítulos, relativos a: disposiciones generales (capítulo 1); formación y apoderamiento de representantes (capítulo 2); validez (capítulo 3); interpretación (capítulo 4); contenido, estipulación a favor de terceros y obligaciones condicionales (capítulo 5); cumplimiento (capítulo 6); incumplimiento (capítulo 7); compensación (capítulo 8); cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos (capítulo 9); prescripción (capítulo 10); y, pluralidad de deudores y de acreedores (capítulo 11).²⁴⁵

En la metodología empleada para la preparación de los principios no fue primordial la enunciación de reglas comunes en la mayoría de sistemas legales existentes en el mundo, por lo que no reflejan el núcleo común de los diversos sistemas nacionales; en contraste, para la formulación de los principios fue fundamental seleccionar las soluciones que parecen mejor adaptadas a las necesidades especiales del comercio internacional. El deseo de responder mejor a las necesidades especiales de los usos del comercio internacional y la necesidad de tener en cuenta las diferentes condiciones económicas y políticas existentes en el mundo, condujeron a replantear el derecho contractual internacional, con lo cual se establecieron normas innovadoras.²⁴⁶ Por ello, no siempre reflejan las soluciones aceptadas en el comercio internacional, en algunos casos fueron adoptadas nuevas reglas, consideradas más satisfactorias, como los aspectos que tienden a mantener la validez del contrato.²⁴⁷

Para facilitar su comprensión, los de UNIDROIT son redactados en un lenguaje claro y simple. Se evita el uso de terminología propia de un determinado sistema jurídico, creando así una “*lingua franca legal*” para que sea utilizada y entendida uniformemente en todo el mundo. Recoge

245 UNIDROIT, “UNIDROIT Principles”, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=109294>, consulta: 28 de abril de 2014.

246 Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 46-9.

247 Gonzalo Parra Aranguren, “La importancia del UNIDROIT en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano”, 61. Al respecto Pendón considera: “No se trata, pues, de una mera relación sistemática de experiencias y soluciones profesionales más o menos reiteradas, plasmadas en los contratos o cláusulas modelo de uso más generalizado en la práctica comercial internacional. Precisamente, la elaboración y la redacción de tales cláusulas presupone la previa existencia de una serie de *principios generales* aplicables a los contratos celebrados en el referido ámbito comercial internacional, esbozados en parte por la experiencia de los profesionales de dicho tráfico, pero también fruto de la generalización y extensión de otros principios consagrados por los ordenamientos nacionales, la común aceptación de los postulados contenidos en convenios —o Guías Jurídicas, o Reglamentos— internacionales redactados con criterios de atención y compromiso de satisfacción y equilibrio de los diversos intereses que manifiestan las partes, la reiteración de decisiones de especialistas, jurisprudenciales o arbitrales, que corrigen y adaptan las referidas normas, etc.”, Pendón, “Preámbulo. Propósito de los principios”, 38.

conceptos presentes en la mayoría de sistemas jurídicos y se complementa con fórmulas consideradas más adecuadas para satisfacer las necesidades propias del comercio internacional. Al no ser un instrumento vinculante, su flexibilidad permite una eficaz adaptación a los cambios del comercio internacional.²⁴⁸

Los Principios de UNIDROIT no pretendieron unificar los derechos nacionales singulares, sino enunciar los principios y reglas en materia contractual que son comunes a los principales sistemas jurídicos existentes, y en su caso indicar la solución que más se adapta a las particulares exigencias del derecho internacional.²⁴⁹

La acogida que han tenido, se debe por lo menos a cuatro motivos: a) existe la necesidad en el comercio internacional de contar con reglas claras. El recurso al arbitraje se ha incrementado como mecanismo de solución de controversias internacionales, y en cuanto a la discusión sobre el derecho aplicable por los árbitros, responden a esta necesidad tomando en cuenta las diferencias en las condiciones socioeconómicas en los diversos países del mundo; b) establecen reglas muy similares a los diversos sistemas jurídicos; c) se siguen los criterios adoptados por la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías; y, d) los principios han sido redactados por magníficos juristas de los cinco continentes y han sido auspiciados por el UNIDROIT.²⁵⁰

248 "The UNIDROIT Principles are, above all, drafted in clear and simple language so as to permit any educated person, even if not a trained lawyer, easily to understand them. In setting forth the rules they also deliberately avoid using terminology peculiar to any given legal system, thereby creating a legal lingua franca to be used and uniformly understood throughout the world. As to their content, the UNIDROIT Principles represent a mixture of both tradition and innovation. In other words, while reflecting concepts found in many, if not all, legal systems, they also —especially when irreconcilable differences between the various domestic laws render a choice inevitable— embody what in the light of the special needs of international trade are perceived to be the best solutions, even if these solutions still represent minority view. Finally, the fact that the UNIDROIT Principles are not intended to become a binding instrument permitted not only a wider discretion in their preparation, but also renders them more flexible and capable of rapid adaptation to the changing conditions of international trade practice", Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 23-4.

249 "Para su elaboración fueron tomados en cuenta, entre otros, la convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement of Contracts* 2nd, los códigos civiles holandés y quebequés de 1992, la Ley de Relaciones Económicas con el Exterior de la República Popular China de 1985", Atilio Alterini, "La *lingua franca* internacional en el derecho de contratos", en *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, coord., Fabricio Mantilla y Carlos Pizarro (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 81.

250 Hernany Veytia, "El capítulo uno de los Principios de UNIDROIT: Disposiciones generales", en *Contratación internacional, comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT* (Ciudad de México: UNAM / Universidad Panamericana, 1998), 38.

Los Principios de UNIDROIT están jugando un papel mucho más importante en el contexto del arbitraje que en los litigios ante los tribunales nacionales. Mientras que los tribunales nacionales están tradicionalmente obligados a aplicar una ley nacional en particular, ya sea de su propia legislación o la de un país extranjero aplicable en virtud de las reglas de conflicto de las leyes del foro, los árbitros internacionales generalmente tienen un poder discrecional para fundamentar sus decisiones en principios y reglas de carácter a-nacional o supranacional.²⁵¹

La doctrina jurídica participa en el proceso de unificación, interviene en los estudios preparatorios de las convenciones y hace comentarios a las mismas. La recopilación internacional del derecho contractual que se hace con la promulgación de principios sobre los contratos mercantiles internacionales, tanto a nivel global como regional, corresponde a la unificación mediante la doctrina jurídica.²⁵²

Adicional a la labor de UNIDROIT, la recopilación de principios contractuales internacionales también ha tenido una perspectiva regional, es el caso en Norteamérica, del *American Restatement of Law of Contracts*; en Europa Oriental, los Principios sobre Contratos Internacionales de la CMEA (COMECON); y en la UE, los Principios de Derecho de Contratación Europea y el Marco Común de Referencia (DCFR).²⁵³

Por último, cabe señalar que tanto las leyes modelo como los Principios de UNIDROIT hacen parte del derecho suave (*Soft Law*). Sin embargo, existen marcadas diferencias entre ambos. Las leyes modelo están dirigidas a los diferentes legisladores del mundo, los Principios de UNIDROIT, en primer término, a las partes que intervienen en un contrato internacional. Para que las leyes modelo sean exitosas en el proceso armonizador dependen del poder de los Estados, mientras que los Principios de UNIDROIT buscan la armonización sin que necesariamente intervengan los Estados. Adicionalmente, las leyes modelo corresponden al derecho

251 Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice* (Nueva York: Transnational Publishers, 2006), XVII.

252 "Una importante contribución al proceso de unificación lo efectúan, asimismo, los escritos jurídicos o la doctrina jurídica. Así pues, ya en la selección de temas que se propongan para su posible unificación internacional, y naturalmente más adelante, en el curso de la elaboración concreta de las normas uniformes, no es posible prescindir de estudios de derecho comparado tendientes a destacar las divergencias existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de que se trate, así como indicar las soluciones que serían de aceptación general", Michael Joachim Bonell, "Métodos de armonización no legislativos", *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 18 a 22 de mayo de 1992 (Nueva York: Naciones Unidas, 1995), 31.

253 Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena*, 35.

uniforme unilateral, y los Principios de UNIDROIT hacen parte de la unificación mediante la doctrina jurídica.²⁵⁴

La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Origen y características

La Cámara de Comercio Internacional se constituyó en París en 1919, como una organización gremial con personalidad jurídica propia y naturaleza asociativa para apoyar las actividades del empresariado mundial.²⁵⁵

Se ha propuesto desde sus inicios, la defensa de un sistema de comercio abierto, al considerar que la apertura de los mercados mundiales genera prosperidad y paz.²⁵⁶ Conforme los estatutos de la CCI, su objetivo primordial es: “promover el desarrollo de una economía mundial abierta, con la firme convicción de que los intercambios comerciales internacionales

254 Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores, a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales. A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación. Y tampoco se encuadran en el concepto clásico de norma de derecho internacional privado como norma de conflicto. Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (*Soft-Law*) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la unificación del Derecho Comercial Internacional”, Pablo-Romero, “Avances en la aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes”, 254.

255 “La CCI fue creada en 1919 como consecuencia de la Conferencia reunida en Atlantic City a instancias de la Cámara de Comercio de los EE. UU., entre los delegados de la industria y el comercio de Bélgica, EE. UU., Francia, Gran Bretaña e Italia”, Francisco Vargas, *El Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 9. “The International Chamber of Commerce was set up in Paris in 1919, shortly after the First world War, on the initiative of a group of businessmen. It is a non profit-making organization under French law and heads a network of national committees whose members are economic and industrial players. It is not an interstate organization, as it is run by private enterprise. Nor is it an interstate chamber of commerce and industry. In fact, it is much more than this, being a body that represents the interests of the international business community”, Erik Schäfer, Herman Verbist y Christophe Imhoos, *ICC arbitration in practice* (La Haya: Kluwer Law International, 2005), 13.

256 “Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países”, CCI, “La Cámara de Comercio Internacional —ICC—”, http://www.iccpain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=54, consulta: 23 de mayo de 2013.

son propicios tanto para una mayor prosperidad global y la paz entre las naciones”.²⁵⁷

Su radio de acción se ha incrementado ampliamente, pues de cinco países que la crearon, en la actualidad la CCI cuenta con noventa y dos comités nacionales,²⁵⁸ diez en África,²⁵⁹ dieciocho en América,²⁶⁰ diecisiete en Asia y el Pacífico,²⁶¹ treinta y seis en Europa,²⁶² y once en Medio Oriente.²⁶³

La estructura de la CCI está conformada por el Comité Directivo, la Presidencia, el Secretario General y el Consejo Mundial.²⁶⁴

257 CCI, “The merchants of peace”, <http://www.iccwbo.org/about-icc/history/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

258 CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

259 Argelia, Camerún, Egipto, Ghana, Kenia, Marruecos, Nigeria, Senegal, Sudáfrica, y Túnez. CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

260 Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Caribe, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, EE. UU., Uruguay y Venezuela. CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo, 2013.

261 Australia, Bangladesh, China, Consejo Empresarial Chino de Taipei, Hong Kong, India, Indonesia, Japón, Corea, Macao, Malasia, Nueva Zelanda, Pakistán, Filipinas, Singapur, Sri Lanka, y Tailandia. CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

262 Albania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Hungría, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, y Reino Unido. CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

263 Bahrein, Israel, Irán, Jordania, Kuwait, Líbano, Palestina, Qatar, Arabia Saudita, Siria, y UAE. CCI, “National committees connections gateways”, <http://www.iccwbo.org/worldwide-membership/national-committees/>, consulta: 23 de mayo de 2013.

264 El Comité Directivo es el responsable del desarrollo e implementación de las estrategias de la CCI, la política y el programa de acción y de la supervisión de los asuntos financieros de la organización empresarial mundial; en particular, es responsable de recomendar al Consejo Mundial el nombramiento de la Presidencia y el Secretario General, así como la aprobación de todos los documentos de política. El Comité está integrado por miembros *ex-officio* y miembros electos, que sirven por un período de tres años, e igualmente son miembros la Presidencia y el Secretario General. CCI, “Executive Board”, <http://www.iccwbo.org/about-icc/governance/executive-board/>, consulta: 7 de noviembre de 2013. // La Presidencia está conformada por el Presidente, su predecesor inmediato y el Vicepresidente; al Presidente y Vicepresidente los elige el Consejo Mundial para períodos de dos años. El Secretario General dirige la Secretaría Internacional y trabaja en estrecha colaboración con los comités nacionales para llevar a cabo el programa de trabajo de la CCI, siendo nombrado por el Consejo Mundial con base en la recomendación del Comité Directivo. CCI, “Chairmanship and Secretary General”, <http://www.iccwbo.org/about-icc/governance/chairmanship-and-secretary-general/>, consulta: 7 de noviembre de 2013. El Consejo Mundial es la máxima autoridad, vela por la aplicación de las disposiciones de la Constitución y la Carta de la CCI y ejerce todas las prerrogativas que se le han otorgado. Así pues, el Consejo Mundial de la CCI es el equivalente de la asamblea general

De otro lado, la CCI cumple funciones consultivas ante múltiples organizaciones internacionales, entre otras, las Naciones Unidas, la OMC, el FMI, el BM, la OCDE, la Comisión Europea, y el G-8.²⁶⁵

El impacto de sus actividades en el comercio mundial se concentra en la labor de la Corte Internacional de Arbitraje, la recopilación de usos comerciales internacionales y la elaboración de reglas y códigos de conducta.²⁶⁶

Instrumentos normativos de la CCI: Los Términos Internacionales de Comercio (INCOTERMS)

En cuanto a la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales, se destacan los siguientes instrumentos jurídicos de la CCI: Las Reglas y Usos Uniformes sobre Crédito Documentario (RUU/UCP), y los INCOTERMS. Por su relación con el objeto de la investigación se reseñarán únicamente los Términos Internacionales de Comercio.

La CCI publicó en 1936 la primera versión de los INCOTERMS,²⁶⁷ con estos se busca dar certeza a las partes que intervienen en una transac-

de una organización intergubernamental importante, si bien, los delegados son empresarios y no los funcionarios del gobierno. Los comités nacionales designan delegados al Consejo, que se reúne normalmente una vez al año. Diez miembros directos —de los países donde no hay comité nacional— también pueden ser invitados a participar en los trabajos del Consejo. CCI, “World Council”, <http://www.iccwbo.org/about-icc/governance/world-council/>, consulta: 7 de noviembre de 2013.

265 “Resulta particularmente interesante destacar que la CCI ocupa una situación internacional de gran prestigio, pues es una organización no gubernamental que goza del Estatuto de Primera Categoría que le ha sido conferido por las Naciones Unidas. Ella es, a este respecto, la sola organización que se encuentra habilitada para representar en las Naciones Unidas el punto de vista y el pensamiento de la empresa privada en las discusiones de índole económica, pudiendo ejercer su influencia mediante diversos proyectos que emanan de sus Comisiones de Trabajo y que son de su especialidad. Asimismo, mantiene estrechas relaciones con las principales instituciones económicas intergubernamentales [...]”. Francisco Vargas, *El arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1979), 11.

266 “Dentro de su actividad creando instrumentos que faciliten el comercio y las inversiones internacionales, destacan la Corte Internacional de Arbitraje, la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (INCOTERMS, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc.) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las empresas para un desarrollo sostenido, Código de prácticas legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el comercio electrónico, etc.)”. CCI, “La Cámara de Comercio Internacional —ICC—”, http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47&Itemid=54, consulta: 23 de mayo de 2013.

267 “A principios del siglo XX, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), organización que promueve el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, creó las reglas Incoterms® (acrónimo de *international commercial terms*) con el objetivo de ofrecer una normativa que

ción internacional, ya que se precisa con antelación el significado de los términos comúnmente usados en el comercio internacional, evitando que su interpretación quede supeditada a las calificaciones propias de cada ordenamiento.²⁶⁸

Una vez publicada la primera versión en 1936, los INCOTERMS han sido objeto de varias actualizaciones, algunas de ellas son las siguientes:

1953, Congreso de Viena. Se establecieron las reglas y obligaciones de los siguientes INCOTERMS: franco fábrica, franco vagón, FAS, FOB, C&F, CIF o CAF, flete o porte pagado hasta, franco sobre buque, franco sobre muelle, entregado en frontera y entregado libre de derechos.

- 1976. Se adicionó un anexo con el término FOB aeropuerto.
- 1980. Se introdujo el término FCR que luego se transformaría en el FCA.
- 1990. Se permite la utilización de mensajes electrónicos, se introdujo el término DDU, los términos FOR y FOT son remplazados por el FCA y se eliminó el término FOB aeropuerto.
- 2000. Se tienen en cuenta las expresiones empleadas en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, se modifican los términos FAS y DEQ en cuanto al despacho de aduanas y el pago de los derechos.²⁶⁹
- Finalmente, la más reciente publicación de los INCOTERMS corresponde al año 2010: el número de reglas se ha reducido de trece a once; dos nuevas reglas INCOTERMS –DAT y DAP– han reemplazado las reglas INCOTERMS 2000 DAF, DES, DEQ y DDU. Los once INCOTERMS 2010 se presentan en dos clases distintas: Reglas para cualquier modo o

contribuyese a la normalización, a la seguridad jurídica y al entendimiento en las compraventas internacionales de mercancías. Hasta ese momento, la heterogeneidad en las normas y costumbres comerciales que regulaban las compraventas en cada país era fuente de inseguridad jurídica, litigios y problemas de todo tipo que suponía un lastre para el desarrollo del comercio internacional”, Alfonso Cabrera, *Las reglas incoterms 2010®. Manual para usarlas con eficacia* (Madrid: Marge Books, 2013), 56.

268 “Los Incoterms tienen la finalidad de establecer las reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional, para evitar las incertidumbres que se producen por las distintas interpretaciones de tales términos, en diferentes países, o, por lo menos, intenta reducir en gran medida tales incertidumbres”, Felipe Acosta, *Incoterms, Términos de Compra-Venta Internacional* (Ciudad de México: Ediciones Fiscales ISEF, 1999), 13. “El vocablo INCOTERMS —términos internacionales de comercio— son las iniciales de *International Chamber of Commerce Trade Terms* y expresan el conjunto de reglas aplicadas a la interpretación de los términos comerciales internacionales, dándoles un sentido unívoco, comúnmente aceptado, dentro de la discrecionalidad facultativa de su utilización”, José Jérez, *Comercio Internacional* (Madrid: ESIC, 2007), 72.

269 José Jérez, *Comercio Internacional*, 81.

modos de transporte —EXW: Ex Works /En fábrica/, FCA: Free Carrier /Libre al Transportista/, CPT: Carriage Paid To /Transporte pagado hasta/, CIP: Carriage And Insurance Paid To /Transporte y Seguro pagado hasta/, DAT: Delivered At Terminal /Entregado en terminal/, DAP: Delivered At Place/ Entregado en lugar/, DDP: Delivered Duty Paid /Entregado de derechos pagados/— y reglas para el mar y navegación interior —FAS: Free Alongside Ship /Libre al costado del buque/, FOB: Free On Board /Libre a bordo/, CFR: Cost And Freight /Costo y Flete/, CIF: Cost Insurance And Freight /Costo, Seguro y Flete/.²⁷⁰

En cuanto al contenido, los INCOTERMS incluyen reglas, en términos generales, sobre cuatro aspectos fundamentales para toda compraventa: 1. El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. 2. La transmisión de los riesgos. 3. La distribución de los gastos de la operación. 4. Qué parte debe realizar los trámites.²⁷¹

Las reglas de los INCOTERMS no están concebidas para cualquier clase de transacción internacional, sino que se orientan únicamente al contrato de compraventa internacional, y no en su integridad, sino para ciertos aspectos. Además, el empleo de estos términos puede condicionar la realización de ciertos contratos complementarios.²⁷²

270 CCI, *Introducción a los Incoterms 2010*, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/>, consulta: 24 de mayo de 2013.

271 “Los INCOTERMS resuelven de forma llana, entre otros aspectos, cuatro elementos o cuestiones esenciales en toda compraventa: a) El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. Se indica el punto de entrega marcado en el lugar del trayecto, generalmente va entre paréntesis a continuación. Se determina también el momento en que debe ejecutarse esta obligación. La entrega podrá ser directa o indirecta; b) La transmisión de los riesgos y responsabilidades de pérdida o daños de la mercancía del vendedor al comprador; c) La distribución de los gastos de la operación, indicando los incluidos en el precio dado y aceptado y que deben correr por cuenta y cargo del comprador por no estar comprendido en el precio. La distribución de gastos coincide, por lo general, con la transmisión de riesgos; d) Qué parte debe realizar los trámites, gestiones y diligencias para cumplimentar las formalidades oficiales y las exigencias administrativas para la exportación y la importación de los productos objeto de la compraventa internacional, es decir, los trámites documentales necesarios para cruzar las fronteras de los Estados (licencias, certificados de origen, facturas comerciales, facturas consulares, etc.)”, José Jérez, *Comercio Internacional*, 74.

272 “La CCI ha dejado muy claro que los Incoterms solo se ocupan de la relación vendedores y compradores, en un contrato de compraventa, y solo de algunos aspectos bien determinados, por lo que es esencial para los exportadores e importadores tomar en consideración la vinculación práctica entre los diversos contratos necesarios para realizar una venta internacional, en donde no solo es necesario elaborar el contrato de compraventa, sino otros contratos, tales como el de transporte, seguro o el de financiamiento; así, el acuerdo de las partes, al utilizar un determinado término, tendrá consecuencias para otros contratos [...]” Felipe Acosta, *INCOTERMS, Términos de Compra-Venta Internacional* (Ciudad de México: Ediciones Fiscales ISEF, 1999), 27.

De manera similar a lo que sucede con las Reglas y Usos Uniformes sobre crédito documentario, los INCOTERMS, son de naturaleza facultativa, su fuerza vinculante está ligada a la autonomía de la voluntad; de que las partes los invoquen expresamente, depende su obligatoriedad.²⁷³

En ese sentido, los INCOTERMS encajan en el concepto de uso convencional, los cuales son vinculantes en la medida en que se pacten, en los términos del art. 9.1 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercancías, el cual establece: “Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”.²⁷⁴

No se puede descartar de manera absoluta que los INCOTERMS sean entendidos como un uso normativo, o como uso del comercio internacional, en el sentido establecido por el art. 9.2 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercancías, según el cual: “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”.²⁷⁵

273 “INCOTERMS represent a codification of rules or customary practice in the field of international sale of goods, customary practice which is applicable within Europe. As a juridical force, these rules are voluntary, applying only if the parties have made clear reference in their contract to INCOTERMS rules. INCOTERMS rules were created to avoid any disputes that may arise from the fact that contracting parties are aware of different business practices in force in the countries of the partners”, Constantin Căruntu Mihaela Loredana Lăpăduși, “Complex Issues regarding the Role and Importance of Internationally Codified Rules and Incoterms”, en *Petroleum-Gas University of Ploiesti Bulletin*, vol. LXII, n.º 1 (2010). “[...] el sometimiento de una determinada relación obligacional a la recopilación no puede ser sino consecuencia de un pacto expreso de sumisión incluido por las partes en el contrato de que se trate. Así incluso llegan a indicarlo expresamente en su tenor literal las dos más conocidas y observadas recopilaciones de prácticas negociales internacionales actualmente en aplicación”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 54.

274 “En el marco de la denominada nueva *lex mercatoria*, las reglas INCOTERMS tienen la naturaleza de reglas o usos comerciales entre empresas que estas mismas se han otorgado por medio de la CCI para regular sus transacciones comerciales. Dada la condición de organización no gubernamental de dicha cámara, las reglas Incoterms no constituyen fuente de derecho, ya que no emanan del poder legislativo ni se ratifican e incorporan a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante publicaciones en diarios oficiales. Ahora bien, estas reglas adquieren carácter y fuerza contractual en la medida en que las partes voluntariamente las incorporan a sus contratos de compraventa, [...] estas reglas no pueden contravenir en ningún caso las normas y disposiciones legales que imperen en un determinado país”, Cabrera, *Las reglas incoterms 2010. Manual para usarlas con eficacia*, 58.

275 Illescas y Perales, resaltan cómo algunos tribunales nacionales han considerado los INCOTERMS como usos de comercio dentro del art. 9.2 CNUCCIM. Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme*, 127.

De otra parte, una remisión genérica que hagan las partes a los INCOTERMS puede ser problemática, ya que, al existir diferentes actualizaciones de los mismos, no se tendría certeza sobre cuáles emplear. Por ello, lo más adecuado es que si las partes desean incluir los Términos Internacionales de Comercio de la CCI, precisen la actualización respectiva que desean se aplique.²⁷⁶

Finalmente, cabe destacar que los instrumentos jurídicos de la CCI, están dirigidos a las partes que directamente participan en la contratación internacional, de tal forma que constituyen instrumentos de armonización y unificación desde abajo hacia arriba (*opt-in*), que emergen desde la misma sociedad de comerciantes. En contraste, las leyes modelo, tienen como destinatarios los Estados y particularmente sus legisladores, son herramientas de armonización desde arriba hacia abajo (*top-down*), del Estado hacia la sociedad de comerciantes.

El poder vinculante de las RUU o de los INCOTERMS, salvo que lleguen a ser catalogados como usos normativos o como usos del comercio internacional, dependerá de su inclusión por las partes en los respectivos contratos. Para que una ley modelo tenga efectos armonizadores importantes no dependerá de las partes que intervienen en los contratos internacionales, sino de la voluntad de los Estados.

Por último, los instrumentos normativos de la CCI, así como las leyes modelo, hacen parte del derecho suave (*Soft Law*), no obstante, al momento de ser adoptados por sus respectivos destinatarios los efectos en el proceso de armonización y unificación del derecho pueden ser mayores tratándose de las leyes modelo, puesto que conllevaría la aproximación de un ordenamiento jurídico a tales postulados. Esto no significa minimizar la

276 "Sellers and buyers wanting to use Incoterms should take the following steps to apply Incoterms to their transaction: • Select the appropriate Rule: The parties should consider carefully which of the Rules is appropriate to the type of goods being delivered, the means of transport used and the allocation of responsibilities, costs and risks desired by the parties. • Use a formal sales contract: Incoterms cannot be used instead of a sales contract as they do not provide a comprehensive set of terms, consequently, Incoterms need to be incorporated into a formal sales contract which deals with the areas on which Incoterms are silent, such as: specifications of the goods, price, payment, transfer of title to the goods, tax, warranties, consequences of breach, governing law and dispute resolution. • Expressly incorporate the Rule into the sales contract: For Incoterms to apply to a transaction, they need to be expressly incorporated into the sales contract by specific reference to the relevant Rule chosen from Incoterms. Care should be taken to reference the appropriate version/year of Incoterms to be applied. • Specify the place or port for delivery as precisely as possible: The more precisely the place or port for delivery is specified the less room there is for confusion or disputes between the parties", Herbert Smith, "A reminder about the new Incoterms: ICC Rules for use in international sales contracts", en *Energy, Infrastructure and Mining newsletter* 52 (2012), <http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/T-200812-10.pdf>, consulta: 18 de junio de 2016.

importancia de las herramientas de la CCI, pues como se advirtió, en ciertas circunstancias han llegado a ser catalogadas como usos del comercio internacional, pero aún sigue siendo un aspecto que es objeto de discusión por los tribunales nacionales. En cambio, si una ley modelo es asimilada por un ordenamiento jurídico, al ser parte del mismo, los tribunales nacionales no dudarán sobre su alcance como fuente de derecho.

Capítulo 3

EL DERECHO UNIFORME DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Comercio electrónico

Una idea básica del comercio electrónico se puede construir a partir de tres aspectos, la forma como se realizan las comunicaciones, el objeto de las transacciones y las partes contratantes.²⁷⁷

²⁷⁷ La doctrina al acometer el estudio del comercio electrónico suele incluir todos o algunos de estos tres elementos. Así, para Rowland y Macdonald, el comercio electrónico podría abarcar el comercio llevado a cabo por cualquier medio de comunicación que pueda ser etiquetado como electrónico; no se limita a ofrecer un nuevo medio de hacer contratos, en algunas situaciones, también proporciona un nuevo método de ejecución; adicionalmente, destacan la participación creciente no solo de empresas entre sí, sino también de consumidores. Diane Rowland y Elizabeth Macdonald, *Information Technology Law* (Londres: Cavendish Publishing, 2005), 241-2. Según Illescas, “El comercio electrónico [...] constituye tanto un nuevo soporte para la actividad comercial cuanto un nuevo mercado en el que dicha actividad humana se desenvuelve. Como nuevo soporte [...] la electrónica y sus instrumentos vienen cada día sustituyendo de una manera más generalizada a la voz y el papel, clásicos medios de apoyo para la emisión y recepción de voluntades negociales y sus efectos jurídicos y empresariales. En cuanto que nuevo ámbito [...] ha generado un lugar de encuentro de ofertas y aceptaciones de voluntades negociales inexistentes y desconocido hasta el momento presente”, Rafael Illescas, *Derecho de la contratación electrónica* (Madrid: Civitas, 2001), 33. Sostiene De Miguel Asensio, que “Si bien la contratación electrónica presupone la transmisión inmaterial a través de redes informáticas de declaraciones negociales y la marginación de documentos en papel, el objeto de estos contratos puede recaer sobre un bien material cuya entrega física es necesaria para el cumplimiento, pues solo en ocasiones se trata de prestaciones susceptibles de ser ejecutadas por medio de las transmisiones a través de la propia red de información digitalizada”, Pedro Alberto De Miguel Asensio, *Derecho privado de internet*, 2.ª ed. (Madrid: Civitas, 2001), 311. Plantea Davara Rodríguez “[...] que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación comercial y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando”, Miguel Ángel Davara Rodríguez, *Manual de derecho informático*, 4.ª ed. (Navarra: Aranzadi, 2002), 190. “Electronic Commerce refers generally to all forms of commercial transactions involving both organisations and individuals, that are based upon the electronic processing and transmission of data, including text, sound and visual images. It also refers to the effects that the electronic exchange of commercial information may have on the institutions and processes that support and govern commercial activities. These include organisational management, commercial negotiations and contracts, legal and regulatory frameworks, financial settlement arrangements, and taxation, among many others”, OECD, “Group of high-level private sector experts on

(i) La forma de las comunicaciones.

La forma como intercambian sus mensajes los sujetos participantes es uno de los atributos del comercio electrónico. La comunicación oral o escrita utilizada en el comercio tradicional es reemplazada por la comunicación realizada a través de medios electrónicos.²⁷⁸

Los medios electrónicos empleados pueden ser de diversa índole, tales como, el télex o el telefax, el intercambio electrónico de datos (EDI, por sus siglas en inglés), y en general dispositivos fijos o móviles que permiten el acceso a internet como computadoras, tabletas electrónicas y teléfonos inteligentes.²⁷⁹

Para que una operación sea catalogada como de comercio electrónico no dependerá de la especie de medio electrónico empleado, independiente del medio electrónico, lo determinante es que la comunicación se estructure con su utilización. El elemento característico fundamental del comercio electrónico es que las relaciones de índole comercial se estructuren a partir del intercambio de mensajes de datos.²⁸⁰

En la construcción de tales relaciones, el uso de los mensajes de datos puede ser total o parcial. Es decir, en ocasiones todo el proceso de comunicación entre las partes se lleva a cabo con el empleo de medios electrónicos, desde la publicidad, la oferta, el perfeccionamiento del contrato, e incluso su ejecución. En otros eventos, solamente en ciertas etapas se utilizan las comunicaciones electrónicas. El primer planteamiento corresponde a una acepción estricta de comercio electrónico, el segundo a una acepción amplia de comercio electrónico.²⁸¹

Electronic Commerce”, *OECD Digital Economy Papers*, n.º 29 (1997): 20, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzdd8h6717h.pdf?expires=1421893736&id=id&acname=guest&checksum=54E2F7E0D34CC6A3D01CDD71E861548B>, consulta: 6 de mayo, 2014.

278 Para Flores “Con el término, ‘contrato electrónico’ o ‘contrato celebrado por vía electrónica’ se hace referencia a aquellos contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica —compraventa, arrendamiento, comisión, etc.— e irrelevancia de su objeto —bienes y derechos—, se celebran sustituyendo el ‘lenguaje oral y escrito’, que preside la contratación privada tradicional, por el ‘lenguaje electrónico’”, María de la Sierra Flores, *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación* (Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002), 19.

279 “[...]e-commerce, in a broad sense, could encompass trading carried out by any means of communication that can be labelled ‘electronic’”, Rowland y Macdonald, *Information Technology Law*, 241.

280 La expresión mensajes de datos se refiere a “[...] la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, artículo 2, literal a), Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 4, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 15 de noviembre, 2014.

281 “En el comercio electrónico no existe contacto físico directo entre los actores. Las operaciones se realizan a través de medios electrónicos de comunicación de ahí que en un sentido amplio algunas personas incluyan dentro de esta modalidad de comercio a aquellas operaciones que,

La definición de comercio electrónico, en un sentido genérico, como el tipo de comercio que utiliza medios electrónicos, es criticada por incluir muchas formas de comercio tradicionales que hacen uso de dispositivos electrónicos en alguna de sus etapas, como el uso del teléfono para contactar al comprador y vendedor en la venta por catálogo. Por esta razón, se habla de una definición estricta de comercio electrónico, cuyo aspecto central es el uso de redes de computadores como medio de comunicación entre las partes.²⁸²

Igualmente, se cuestiona que entender la contratación electrónica como la que utiliza medios de comunicación electrónicos llevaría a un ámbito objetivo muy amplio, lo que hace necesario limitarla desde el punto de vista tecnológico, a aquella que se realiza con el empleo de medios electrónicos de carácter telemático, en los que se hace uso de ordenadores interconectados, excluyéndose el uso de instrumentos técnicos electrónicos como el teléfono, el telégrafo, el télex o el fax.²⁸³

La internet es uno de los medios electrónicos de comunicación con mayor expansión, pero el comercio electrónico no se lo tiene que asociar exclusivamente a internet y a los dispositivos electrónicos que permiten su acceso.²⁸⁴ Sin embargo, la difusión de internet y la creciente realización de

aunque originadas en una oferta publicada en catálogos u otros medios gráficos, o publicadas a través de la radio o la televisión, sean finalizadas por medios de comunicación como el teléfono o el fax. En un sentido más estricto, solo se consideran operaciones de comercio electrónico a aquellas realizadas enteramente a través de medios digitales de comunicación como Internet, Intranets, Extranets o sistemas de intercambio electrónico de datos (EDI: *Electronic Data Interchange*)", Gerardo Gariboldi, *Comercio electrónico: conceptos y reflexiones básicas* (Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo / Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 1999), 3.

282 "Por ello creemos más adecuado utilizar una definición más estricta, tal como la siguiente: 'Comercio electrónico es toda forma de comercio en la cual se utilizan las redes de ordenadores como medio de comunicación entre los diferentes agentes implicados.'" José Vila, "Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico", en *Comercio electrónico en internet*, dir. José Gómez (Madrid: Marcial Pons, 2001), 51.

283 En esa línea Fernández señala: "En efecto, la aplicación coordinada de las tecnologías de la información (informática) con las de la comunicación (electrónica) producen como consecuencia la aparición de nuevos medios de expresión y transmisión de declaraciones de toda índole (telemática)", Ángel Fernández, "Aspectos fundamentales de la contratación electrónica", en *Comercio electrónico en internet*, dir., José Gómez (Madrid: Marcial Pons, 2001), 263.

284 Mateu de Ros expresa que el comercio electrónico es "[...] concebido como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet [...]". Rafael Mateu de Ros, "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica", en *Derecho de internet*, coord., Rafael Mateu de Ros y Juan Cendoya (Navarra: Aranzadi, 2000), 29. "Existe la tendencia a identificar comercio electrónico con comercio a través de Internet. Aun cuando esto no es estrictamente cierto, la verdad es que

operaciones a través de ella, hace que ocupe un lugar preponderante en el comercio realizado por medios electrónicos.²⁸⁵

Previo al surgimiento de internet, al comercio realizado por medios electrónicos se lo identifica como comercio electrónico tradicional. Esta forma de comercio se caracteriza por ser entre empresas, en círculos cerrados de un sector, con un número de participantes empresariales limitado, con redes cerradas propias, con participantes conocidos y dignos de confianza, la seguridad hace parte del diseño de la red, siendo el mercado un círculo. El comercio electrónico en internet involucra a otros sujetos (empresas-consumidores, empresas-empresas, empresas-administraciones públicas, usuarios-usuarios), el mercado es abierto con un alcance mundial, hay un número ilimitado de participantes, se trata de redes abiertas no protegidas, con participantes conocidos y desconocidos, necesita de seguridad y autenticación, la red es el mercado.²⁸⁶

Al comercio estructurado a través de internet se lo considera como el comercio electrónico moderno, cuya diferencia y novedad con el comercio electrónico tradicional es la existencia de una infraestructura global de tecnologías de la telecomunicación y redes en las que se lleva a cabo un proceso de digitalización y transmisión de la información.²⁸⁷

Internet es, cada día más, el medio por excelencia para realizar operaciones de comercio electrónico [...]" . José Vila, "Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico", 51.

- 285 Davara Rodríguez señala que "Por comercio electrónico podemos entender tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sinnúmero de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos", Davara, *Manual de derecho informático*, 189. "Si bien se considera que el comercio electrónico utiliza la red Internet como un nuevo fenómeno, esta modalidad de comercialización, en sí, no es nueva. Ya hace varios años que las empresas intercambian datos a través de distintas redes de comunicación. Hasta hace poco tiempo el comercio electrónico se limitaba a relaciones inter-empresariales a través de las redes propias de la compañía (por ejemplo, a través de la utilización de EDI), conociéndose a este tipo de comercio como "comercio tradicional". En la actualidad, con el advenimiento de Internet se ha logrado que el comercio electrónico se expanda en forma acelerada por todo el mundo", Adriana Núñez, *Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos* (Buenos Aires: La Ley, 2001), 32.
- 286 Las diferencias entre comercio electrónico tradicional y comercio electrónico en internet, son las identificadas por la Comisión de las Comunidades Europeas en la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, "Iniciativa europea de comercio electrónico", 16 de abril de 1997, COM (97) 157 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0157:FIN:ES:PDF>, consulta: 27 de noviembre, 2013.
- 287 En ese sentido, Gómez explica: "Rasgo distintivo de estas redes, cuyo ejemplo más sobresaliente es Internet, es que permiten que se realicen transacciones de forma abierta con cualquier finalidad, sin necesidad de ningún mecanismo de seguridad, entre un número potencialmente ilimitado de participantes que probablemente nunca han tenido contactos previos. El carácter

La utilización de comunicaciones electrónicas implica que no exista contacto físico directo entre los actores del comercio electrónico, se trata comúnmente, de contactos a distancia entre sujetos con ubicaciones diferentes.²⁸⁸ Precisamente dentro de los contratos a distancia se ubican los contratos celebrados mediante uso de instrumentos informáticos o telemáticos, tal consideración es relevante ya que algunos ordenamientos jurídicos establecen regulaciones diferentes si las partes se encuentran presentes o ausentes.²⁸⁹

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, respecto a la forma como se llevan a cabo las comunicaciones en el comercio electrónico, establece que esta se aplicará: “[...] a todo tipo de información en forma de mensaje de datos [...]”,²⁹⁰ definiendo que se va a entender por mensaje de datos a: “[...] la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.²⁹¹ De manera complementaria, precisa que el EDI es: “[...] la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto”.²⁹²

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, no aborda expresamente el concepto de comercio electrónico, pero para el efecto, en su preparación la comisión tuvo en cuenta una concepción amplia del EDI con sus múltiples aplicaciones. Algunas de las vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas presentes en el concepto de “comercio electrónico” son: EDI (que en sentido estricto es la transmisión de datos

abierto de la red, junto con su multifuncionalidad y el bajo coste de acceso, es lo que ha puesto en marcha el enorme potencial del comercio electrónico para quienes operan en el ciberespacio que son los empresarios, las administraciones públicas y los consumidores particulares”, José Gómez, “El comercio electrónico en la sociedad de la información”, en *Comercio electrónico en internet*, dir., José Gomez (Madrid: Marcial Pons, 2001), 27.

288 “[...] el comercio electrónico se puede definir como cualquier forma de transacción comercial en la que un suministrador provee de bienes o servicios a un cliente a cambio de un pago, donde ambas partes interactúan electrónicamente en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo”, Ana Belén Alonso Conde, *Comercio electrónico: antecedentes, fundamentos y estado actual* (Madrid: Dykinson, 2004), 15.

289 “Una de las categorías en las que pueden ser segmentados los contratos a distancia, son los contratos celebrados mediante uso de instrumentos informáticos o telemáticos. Es en torno a esta técnica de comunicación que surge el fenómeno del comercio electrónico”, Gema Botana, “Noción de comercio electrónico” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (Madrid: La Ley, 2001), 42.

290 Art. 1, Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico* 1996 (Nueva York, 1999), 3, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 15 de noviembre, 2014.

291 *Ibid.*, art. 2, lit. a).

292 *Ibid.*, art. 2, lit. b).

de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado), la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso, la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre (como la internet), técnicas como el télex y la telecopia o fax.²⁹³

Es de resaltar, cómo la Ley Modelo de la CNUDMI no descarta medios de comunicación no tan avanzados como el fax, que son tenidos en cuenta al mismo tiempo que técnicas más modernas de comunicación, como el EDI y el correo electrónico, y se deja abierta toda eventual innovación técnica en este campo.²⁹⁴

Por su parte, la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico), para efectos de definir qué se entenderá por servicios de la sociedad de la información, se remite al apartado 2 del art. 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE.

La Directiva 98/34/CE, considera como servicio de la sociedad de la información a “[...] todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

Con relación a la expresión “por vía electrónica”, la misma directiva se encarga de definirla de la siguiente manera: “[...] un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”.²⁹⁵

293 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, num. 7.

294 “Conviene destacar que si bien es cierto que al redactarse la ley modelo se tuvo siempre presente las técnicas más modernas de comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax. En algunos casos, un mensaje en formato numérico expedido inicialmente en forma de mensaje EDI normalizado será transformado, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido a través de una terminal informática o en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI. Una de las características del comercio electrónico es la de que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, num. 8.

295 La Directiva 98/34/CE, en el anexo V, incluye una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición. “[...] 2. Servicios no ofrecidos por vía electrónica—Servicios cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos: a) expedición automática de

Si bien la directiva no se refiere directamente al concepto de comercio electrónico, los servicios de la sociedad de la información, como aquellos prestados por vía electrónica, se restringen al empleo de equipos electrónicos en todo el proceso de transmisión de datos. De esta manera, la directiva se acerca más a una concepción estricta de comercio electrónico.

Finalmente, las estadounidenses “Uniform Electronic Transactions Act” de 1999 y “Electronic Signatures in Global and National Commerce Act” de 2000, con similares definiciones, plantean que los medios electrónicos hacen alusión a tecnologías con capacidades eléctricas, digitales, magnéticas, inalámbricas, ópticas, electromagnéticas, o similares.

Esta amplia concepción pretende que se incluyan en la definición las nuevas tecnologías que se vayan desarrollando, permite que se reconozcan transacciones comerciales con independencia del medio utilizado por las partes, abarca medios intangibles que son tecnológicamente capaces de almacenar, transmitir y reproducir información en forma humanamente perceptible.²⁹⁶

billetes (billetes de banco, billetes de ferrocarril), b) acceso a redes de carretera, aparcamientos, etc., de pago, aun cuando en las entradas o salidas haya dispositivos electrónicos que controlen el acceso o aseguren el pago adecuado. Servicios fuera de línea: distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes. Servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos: a) servicios de telefonía vocal; b) servicios de fax y télex; c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax; d) consulta médica por teléfono o fax; e) consulta jurídica por teléfono o fax; f) *marketing* directo por teléfono o fax”, Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 98/34/CE, *Por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas* (Luxemburgo, 22 de junio, 1998), http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/directive98-34/index_es.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

296 “[...] The definition is intended to assure that the Act will be applied broadly as new technologies develop. The term must be construed broadly in light of developing technologies in order to fulfill the purpose of this Act to validate commercial transactions regardless of the medium used by the parties. Current legal requirements for “writings” can be satisfied by almost any tangible media, whether paper, other fibers, or even stone. The purpose and applicability of this Act covers intangible media which are technologically capable of storing, transmitting and reproducing information in human perceivable form, but which lack the tangible aspect of paper, papyrus or stone. While not all technologies listed are technically “electronic” in nature (e.g., optical fiber technology), the term “electronic” is the most descriptive term available to describe the majority of current technologies. For example, the development of biological and chemical processes for communication and storage of data, while not specifically mentioned in the definition, are included within the technical definition because such processes operate on electromagnetic impulses. However, whether a particular technology may be characterized as technically “electronic,” i.e., operates on electromagnetic impulses, should not be determinative of whether records and signatures created, used and stored by means of a particular technology are covered by this Act. This Act is intended to apply to all records and signatures created, used and stored by any medium which permits the information to be retrieved in perceivable form”, Comentario n.º 4, Sección II, definiciones, “Uniform Electronic Transactions Act” de 1999, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Denver, 1999, <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>, consulta: 5 de diciembre, 2013.

(ii) Los bienes objeto de sus transacciones.

Otro atributo presente en el comercio electrónico tiene que ver con los bienes objeto de sus operaciones. Además de ofrecer medios alternos para la concreción de contratos, suministra nuevas formas para su ejecución. Por vías electrónicas se comercian no solamente bienes propios de la contratación tradicional, que requieren para su ejecución la entrega material, en alusión principalmente a bienes tangibles; también ha permitido la realización de transacciones cuya ejecución se hace directamente por cauces electrónicos, en relación con aquellos bienes que, por su naturaleza, como libros o soporte lógico, pueden ser remitidos y recibidos por canales virtuales, esencialmente bienes intangibles.²⁹⁷

Esta clase de bienes, de naturaleza inmaterial, cuyo suministro por vías electrónicas va en crecimiento, desdibuja muchas de las distinciones existentes entre empresas nacionales y extranjeras, entre transacciones nacionales e internacionales, y en conexión con ello, probablemente el aspecto conceptual más problemático del comercio electrónico es que puede ser muy difícil de definir la ubicación en la que una operación realmente tiene lugar, y por lo tanto las jurisdicciones a las que pueden estar sujetos.²⁹⁸

297 "El comercio electrónico cubre principalmente dos tipos de actividad: el comercio electrónico indirecto-pedidos electrónicos de bienes materiales, que se suministran a través de los canales tradicionales, como el servicio de correos o servicios de mensajería; y el comercio electrónico directo -pedido, pago y suministro en línea, a escala mundial, de bienes y servicios intangibles, como programas informáticos, contenidos de ocio o servicios de información. Estos dos tipos de comercio electrónico brindan oportunidades específicas. A menudo, una misma empresa se dedica a ambos -por ejemplo, las empresas que venden programas informáticos en línea y en tienda. Sin embargo, el comercio electrónico indirecto depende de factores externos, por ejemplo, la eficiencia del sistema de transporte. Por su parte, el comercio electrónico directo -que permite transacciones electrónicas de extremo a extremo sin obstáculos a través de las fronteras geográficas- aprovecha todo el potencial de los mercados electrónicos mundiales", Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, "Iniciativa europea de comercio electrónico"*, 16 de abril de 1997, COM (97) 157 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0157:FIN:ES:PDF>, consulta: 27 de noviembre, 2013.

298 "The second tension concerns the "intangible" nature of many goods and services in an Electronic Commerce environment. For non-electronic transactions in a "material" product environment, the source of a product, the locations of its suppliers and distributors, and the respective responsibilities and liabilities of the buyer and seller can be verified relatively easily. On the other hand, intangible transactions blur many of the existing distinctions between domestic and foreign business, and between on-shore and off-shore transactions. Indeed, probably the most troublesome conceptual aspect of Electronic Commerce is that it can be very difficult to define the location at which a transaction actually takes place, and hence the jurisdictions to which it may be subject", OECD, "Group of high-level private sector experts on Electronic Commerce", OECD Digital Economy Papers, n.º 29 (1997): 22, <http://www.oecd-library.org/docserver/download/5kzdd8h6717h.pdf?expires=1421893736&id=id&accname=guest&checksum=54E2F7E0D34CC6A3D01CDD71E861548B>, consulta: 6 de mayo, 2014.

(iii) Los sujetos del comercio electrónico.

En adición a la forma de comunicación y los bienes objeto de las transacciones, otro elemento que circunda el comercio electrónico corresponde a los sujetos que en él intervienen. La diversidad de modelos de negocios existentes en el comercio electrónico ha permitido la participación de sujetos con múltiples calidades jurídicas.

Una cantidad importante de contratos por vías electrónicas se concretan entre empresas, otros entre empresas y consumidores, e incluso entre los mismos consumidores.²⁹⁹

Las actividades de comercio electrónico pueden presentarse dentro y entre tres grupos básicos de participantes: las empresas, el gobierno y los individuos. En la actualidad, y por un amplio margen, la mayoría de comercio electrónico se produce entre empresas, no obstante, un margen importante se produce también a nivel de empresas y gobiernos en relación con la contratación pública, y con funciones administrativas como aduanas e impuestos. Esto va a cambiar significativamente a medida que las facilidades de acceso al comercio electrónico se amplíen, en particular a los individuos.³⁰⁰

Por otra parte, es irrelevante que se trate de una relación de carácter contractual. El comercio electrónico incluye todo tipo de tratativas sin importar que estas lleven o no a la concreción de un contrato. La contratación electrónica es un margen importante del comercio electrónico, pero no todo el comercio electrónico se reduce a la contratación electrónica.³⁰¹

299 “[...] el ‘comercio electrónico’, esto es, el comercio que se basa en el tratamiento electrónico de datos —incluidos texto, imágenes y video— y comprende un amplio abanico de actividades: no solo el intercambio de bienes y servicios entre empresas y consumidores —incluyendo el suministro en línea de bienes inmateriales (programas de ordenador, música, información, etc.)—, sino también de empresas entre sí y de la administración con las empresas; y asimismo la transferencia electrónica de fondos, el pago electrónico de bienes y servicios y de tributos, la remisión de documentación (presupuestos, facturas, albaranes, ordenes de transporte, documentos aduaneros, transferencias [...]), el *marketing* electrónico, la certificación de firmas electrónicas, etc”, Marco Clemente, “La contratación electrónica”, en *Derecho del consumo*, coord., María Reyes (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002), 182.

300 “Currently, Electronic Commerce at the business-to-individual and individual-to-individual levels, and at the government-to-individual level in the delivery of government services, occurs on a comparatively small scale. Nevertheless, the members of the Group fully expect that Electronic Commerce centred on the individual will assume a position of major economic importance in the near future, and that the consequences will be dramatic for business endeavours of all kinds”, OECD, “Group of high-level private sector experts on Electronic Commerce”, OECD Digital Economy Papers, no 29 (1997): 22, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzdd8h6717h.pdf?expires=1421893736&id=id&accname=guest&checksum=54E2F7E0D34CC6A3D01CDD71E861548B>, consulta: 6 de mayo, 2014.

301 “El término ‘comercial’ deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación

Asimismo, el concepto de comercio electrónico pareciera traer asociado como elemento de su esencia la mercantilidad de los actos que se realizan en él. Sin embargo, no todas las transacciones realizadas por medios electrónicos son mercantiles. La distinción dentro del derecho privado entre actos de comercio y actos de naturaleza civil, no se presenta en todos los ordenamientos jurídicos, de ahí que algunos instrumentos internacionales no la tengan en cuenta, como la Convención de la Naciones Unidas de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.³⁰² El aspecto fundamental del comercio electrónico es el medio de comunicación empleado, mas no la naturaleza del acto realizado.³⁰³

El comercio electrónico tiene naturaleza global. Los medios electrónicos propician que sujetos ubicados en diferentes países puedan interactuar con facilidad, ello ha posibilitado la proliferación de relaciones jurídicas que traspasan fronteras en una plataforma alterna a los cauces tradicionales. El comercio y la contratación internacionales no son resultado del comercio electrónico, por el contrario, aquellos anteceden a este, el comercio por medios electrónicos lo que ha hecho es dinamizar al comercio y la contratación internacional.³⁰⁴

comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de facturaje (factoring); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera”, Nota al pie de página del art. 1, LMCE. Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 3, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 27 de noviembre, 2013.

302 El artículo 1, numeral. 3 establece: “A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta [...] el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”, Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías -1980, <http://www.cnudmi.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, consulta: 27 de noviembre, 2013.

303 Martos sostiene que: “[...] podría entenderse [el comercio electrónico] como cualquier intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con una actividad comercial”, Juan J. Martos, *Imposición indirecta del comercio electrónico* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006), 35. “[...] definido de forma amplia [...] se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto. De forma más estricta, debe entenderse que debe circunscribirse a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, de compraventa de bienes o prestación de servicios, así como las actividades y negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales [...] desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación [...] Parece que debería limitarse el análisis al comercio electrónico en tanto en cuanto comprende la utilización de mensajes electrónicos en el contexto de las actividades comerciales de la empresa lo que limita al solo marco comercial”, Gema Botana, “Noción de comercio electrónico”, 56.

304 En la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, al respecto, se hicieron las siguientes consideraciones: “(59) Pese a la naturaleza global de las comunicaciones electrónicas, es necesario coordinar las medidas reguladoras nacionales a escala de la UE, con el fin de evitar

Al tratarse de un fenómeno con una connotación global, el comercio electrónico requiere de una regulación con alcances similares. Las iniciativas de reglamentación nacionales, incluso las regionales, se vuelven insuficientes. La armonización y unificación del derecho relativo al comercio electrónico es imperiosa frente a la inseguridad jurídica que representa la regulación independiente por parte de cada Estado.³⁰⁵

El comercio electrónico transformó la actividad empresarial. La utilización de comunicaciones electrónicas, sustituyendo la comunicación oral o escrita utilizada en el comercio tradicional, es un factor que precisa el concepto, no obstante, el comercio electrónico va más allá, constituye una revolución en la forma como se desarrolla la actividad empresarial.³⁰⁶

Se destacan como elementos conceptuales del derecho del comercio electrónico, por una parte, los elementos objetivos, conformados por: el mensaje de datos, la norma técnica de estructuración del mensaje de datos, la firma electrónica, los sistemas de información y las redes e interconexión de redes. De otro lado, los elementos subjetivos, en los que se incluyen: el iniciador, el destinatario, los intermediarios y las entidades de certificación.³⁰⁷

la fragmentación del mercado interior y establecer el adecuado marco regulador europeo. Dicha coordinación deberá contribuir también al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales. (60) Para lograr un desarrollo sin trabas del comercio electrónico, es esencial que dicho marco jurídico sea sencillo, claro y seguro y compatible con las normas vigentes a escala internacional, de modo que no se vea afectada la competitividad de la industria europea y no se obstaculice la realización de acciones innovadoras en dicho ámbito. (61) Para el correcto funcionamiento del mercado por vía electrónica en un contexto mundializado, es precisa una concertación entre la UE y los grandes espacios no europeos con el fin de compatibilizar las legislaciones y los procedimientos. (62) Debe reforzarse la cooperación con terceros países en el sector del comercio electrónico, en particular con los países candidatos, los países en vías de desarrollo y los principales socios comerciales de la Unión Europea”, Unión Europea, Parlamento Europeo y Consejo, Directiva 2000/31/CE, *Relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)* (Luxemburgo, 8 de junio, 2000), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>, consulta: 27 de noviembre, 2013.

305 Rafael Illescas, *Derecho de la contratación electrónica* (Madrid: Civitas, 2001), 35.

306 “One possible definition of electronic commerce would be: ‘any form of business transaction in which the parties interact electronically rather than by physical exchanges or direct physical contact’. However, while accurate, such a definition hardly captures the spirit of electronic commerce, which in practice is far better viewed as one of those rare cases where changing needs and new technologies come together to revolutionise the way in which business is conducted. Electronic commerce is a means of enabling and supporting such changes on a global scale. It enables companies to be more efficient and flexible in their internal operations, to work more closely with their suppliers, and to be more responsive to the needs and expectations of their customers. It allows companies to select the best suppliers regardless of their geographical location and to sell to a global market”, European Commission, “An Introduction to Electronic Commerce”, 1997 (last updated on 2 July 1998). <http://ec.europa.eu/archives/ISPO/ecommerce/answers/introduction.html>, consulta: 27 de noviembre, 2013.

307 Rafael Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 59.

El comercio electrónico se caracteriza por la contratación sin presencia física de las partes, por la transmisión electrónica de información, y por la utilización de aparatos electrónicos que permiten la interactividad.³⁰⁸ El comercio electrónico tiene caracteres propios que lo diferencian de la contratación tradicional: a) El medio en el que tiene lugar las operaciones, que son realizadas por vías electrónicas o digitales, lo que ha incrementado su rapidez; b) La consecuente reducción de costos; c) Sobre todo internet, permite el acceso a cualquier empresa sin importar su tamaño; d) Se amplía el mercado relevante, porque su radio de acción es a nivel mundial.³⁰⁹

La desmaterialización, la inmediatez y la universalidad, también son aspectos que particularizan al comercio electrónico: Tradicionalmente el mercado ha tenido ubicación geográfica y realidad material, en la actividad comercial electrónica desaparece dicha materialidad, muchas empresas realizan transacciones de compraventa de bienes o prestación de servicios en las que todas las fases de la contratación se llevan a cabo por medios electrónicos, desde el perfeccionamiento del contrato hasta el pago del precio y entrega del bien (desmaterialización). La velocidad de los medios electrónicos dota a este tipo de comercio de flexibilidad, la corrección de datos y la ampliación de información puede llegar a los clientes y compradores casi en el mismo momento en que se produce (inmediatez). Internet por su carácter de red abierta de comunicación, accesible desde cualquier lugar del mundo se convierte en la nueva plataforma comercial, cultural y social (universalidad).³¹⁰

Es una modalidad comercial a distancia, en la que se utiliza equipos electrónicos para el tratamiento y almacenamiento de datos, permitiendo la interactividad en la realización de actos generalmente onerosos, lo que facilita la contratación y el consentimiento electrónicos.³¹¹

Principios del derecho del comercio electrónico

La equivalencia funcional y no discriminación

El principio de equivalencia funcional procura que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares

308 Según Galindo, además de los aspectos citados, también se caracteriza el comercio electrónico por el "carácter lucrativo de la operación". Ernesto Galindo, *Derecho mercantil* (Ciudad de México: Porrúa, 2004), 40.

309 Heriberto S. Hocsman, *Negocios en internet* (Buenos Aires: Astrea, 2005), 9.

310 Sandra Camacho Clavijo, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico* (Madrid: Reus, 2005), 26-30.

311 Juan J. Martos, *Imposición indirecta del comercio electrónico*, 39-42.

términos a sus homólogos del comercio tradicional. En esas circunstancias, los efectos jurídicos de los actos realizados por medios electrónicos serán iguales a los realizados por otros cauces.³¹²

Cuando para un acto se exija por el respectivo ordenamiento jurídico, su incorporación en un documento escrito, que vaya firmado, o que sea original, este requisito puede ser cumplido con un mensaje de datos.³¹³

La otra dimensión de este principio, es desde una perspectiva negativa, es decir, planteado como abstención para quien va a interpretar el alcance jurídico de los mensajes de datos, indicándole que no le dé un tratamiento diferencial a la información contenida en esta clase de formatos respecto de otros. Así concebido, se lo identifica como el principio de no discriminación.³¹⁴

Así las cosas, la equivalencia funcional y la no discriminación pueden ser entendidos como el mismo principio, pero desde dos ópticas distintas. La primera, como el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos de la misma forma en que se reconocen los otros medios como se manifiesta el consentimiento en el comercio tradicional, oral o por escrito. La segunda, como no permitir que a los mensajes de datos se los ubique conceptualmente por debajo de las formas usuales de concreción de negocios en el comercio.³¹⁵

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico consagra en el art. 5 el principio de equivalencia funcional o no discriminación, centrado

312 “[...] la función jurídica que en toda su extensión cumpla la instrumentación escrita y autógrafa —o eventualmente su expresión oral— respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. [...] implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto: los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración deben de producirse con independencia del soporte escrito —eventualmente oral— o electrónico en el que la declaración conste”, *ibid*, 41.

313 “Mediante este principio se pretende equiparar a los nuevos medios tecnológicos para entablar relaciones comerciales con los medios tradicionales”, Herman Torres, *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico* (Lima: PUCP, 2005), 251.

314 Para Agustín Madrid Parra: “El denominado principio de equivalencia funcional supone un paso más concreto respecto del principio de no discriminación. Contiene una manifestación afirmativa de la producción efectiva de determinados efectos jurídicos de una información que consta en soporte electrónico”, Agustín Madrid Parra, “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, en *Derecho patrimonial y tecnología*, dir., Agustín Madrid Parra (Madrid: Marcial Pons, 2007), 66.

315 En esa línea, Illescas considera que la equivalencia funcional y la no discriminación corresponden al mismo principio, sin embargo, también destaca este autor (citando a De Miguel Asensio) la existencia de planteamientos en los que se los diferencia como si se tratara de dos principios independientes. Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 41.

en la no discriminación, en los siguientes términos: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.³¹⁶

Fundamentalmente tres aspectos de la contratación privada se someten al principio de equivalencia funcional: el concepto de documento escrito, la noción de firma, y documento original.³¹⁷

En el caso del documento escrito, la exigencia del formato físico escrito que puedan hacer los ordenamientos jurídicos podrá suplirse con un mensaje de datos, siempre y cuando la información contenida en él se pueda acceder para ser consultada con posterioridad.³¹⁸

316 “La ley modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la ley modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de ‘escrito’, ‘firma’ y ‘original’ con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 20.

317 “En la elaboración de la LMCE la opción de política legislativa que se adoptó no fue la de entrar a regular los efectos jurídico sustantivos de los mensajes de datos en cada concreto caso en que pudieran ser utilizados. No se entró a regular el uso de medios electrónicos en concretas instituciones jurídicas o contratos determinados. La opción fue la de identificar algunos elementos especialmente relevantes en el tráfico mercantil, cuyo soporte solía ser el papel, analizar las funciones que cumplen y determinar qué requisitos ha de reunir la misma información constando en un soporte electrónico para que las funciones desarrolladas sean las mismas y, en consecuencia, también los efectos jurídicos”, Madrid, “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, 66.

318 Sobre la exigencia de escritos la LMCE de la CNUDMI establece en su artículo 6: “Escrito. 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta. [...]”. Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 5, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2015. “La finalidad del artículo 6 no es establecer el requisito de que, en todos los casos, los mensajes de datos deben cumplir todas las funciones concebibles de un escrito. [...] el artículo 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. [...] esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta. Al emplear la palabra ‘accesible’ se quiere sugerir que la información en forma de datos informatizados debe ser legible e interpretable y que debe conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible esa información. En la versión inglesa la palabra ‘usable’ (‘disponible’), sobreentendida en la versión española en la noción de accesibilidad, no se refiere únicamente al acceso humano sino también a su procesamiento informático. En cuanto a la noción de ‘ulterior consulta’, se prefirió a otras nociones como ‘durabilidad’ o ‘inalterabilidad’, que hubiesen establecido un criterio demasiado estricto, y a nociones como ‘legibilidad’ o ‘inteligibilidad’, que podrían constituir criterios demasiado subjetivos”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 38.

En cuanto a la noción de firma, la tradicional firma autógrafa propia del comercio tradicional presente en los documentos escritos en soporte papel, debió adaptarse al ámbito electrónico para que su función fuera equivalente. En ese sentido, al permitirse que el documento escrito sea reemplazado por el mensaje de datos, la firma de estos se asocia con el uso de un método que posibilite la identificación de un sujeto y su vinculación³¹⁹ con el contenido del mensaje de datos³²⁰, condicionado a la fiabilidad de tal método según los propósitos que originaron el mensaje de datos,³²¹

319 En la LMCE, además de identificar a una persona, se hace referencia (artículo 7.1.a) a la aprobación de la información por parte del signatario; mientras que la Convención sobre comunicaciones electrónicas determina que se indique la voluntad que se tiene sobre la información (artículo 9.3.a). “El enunciado actual del apartado a) del párrafo 3 fue convenido con el fin de dejar bien claro que el concepto de “firma” en la Convención no implica necesariamente y en todos los casos la aprobación por una parte del contenido completo de la comunicación que se rubrica con la firma”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 61, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

320 La equivalencia funcional de la firma la encontramos en el artículo 7 de la LMCE de la CNUDMI: “Firma 1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 4, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013. “El artículo 7 se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel. En la preparación de la ley modelo se tomaron en consideración las siguientes funciones de la firma: identificar a una persona; dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y asociar a esa persona con el contenido de un documento. [...] El artículo 7 se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. [...] Cabe señalar que, con arreglo a la ley modelo, la mera firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje. La cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una firma deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la ley modelo”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 39-41.

321 “Para determinar si el método seleccionado con arreglo al párrafo 1 es apropiado, pueden tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores jurídicos, técnicos y comerciales: 1. la perfección técnica del equipo utilizado por cada una de las partes; 2. la naturaleza de su actividad comercial; 3. la frecuencia de sus relaciones comerciales; 4. el tipo y la magnitud de la operación; 5. la función de los requisitos de firma con arreglo a la norma legal o reglamentaria aplicable; 6. la capacidad de los sistemas de comunicación; 7. la observancia de los procedimientos de autenticación establecidos por intermediarios; 8. la gama de procedimientos de autenticación que ofrecen los intermediarios; 9. la observancia de los usos y prácticas comerciales; 10. la existencia de mecanismos de aseguramiento contra el riesgo de mensajes no autorizados; 11. la importancia y el valor de la información contenida en el mensaje de datos; 12. la disponibilidad de otros métodos de identificación y el costo de su aplicación; 13. el grado de aceptación o no

o por haberse demostrado que tal método ha cumplido con las funciones enunciadas.³²²

Finalmente, en lo concerniente al documento original, para que un mensaje de datos cumpla el requerimiento de ser original deberá garantizarse de forma fehaciente que la información permanece íntegra desde que se creó el mensaje de datos. Adicionalmente, que tal información pueda ser presentada, en caso de ser necesario.³²³

aceptación del método de identificación en la industria o esfera pertinente, tanto en el momento cuando se acordó el método como cuando se comunicó el mensaje de datos, y,14. Cualquier otro factor pertinente”, *ibíd.*, 41.

322 La convención sobre comunicaciones electrónicas (artículo 9.3.b. ii.), establece este elemento adicional sobre el método empleado en las firmas electrónicas: “[...] Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra”, “[...] el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3 valida un método de firma, independientemente de que en principio sea fiable, siempre que se demuestre que el método empleado ha identificado al signatario y ha indicado la intención de este con respecto a la información consignada en la comunicación electrónica”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 62, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

323 La equivalencia funcional del original se establece en el artículo 8 de la LMCE de la CNUDMI: “Artículo 8.- Original. 1. Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. [...] 3. Para los fines del inciso a) del párrafo 1): a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso. [...]” Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 6, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013. “Si por ‘original’ se entiende el soporte en el que por primera vez se consigna la información, sería imposible hablar de mensajes de datos ‘originales’, pues el destinatario de un mensaje de datos recibiría siempre una copia del mismo. No obstante, el artículo 8 habría de verse en otro contexto. La noción de ‘original’ en el artículo 8 es útil, pues en la práctica muchas controversias se refieren a la cuestión de la originalidad de los documentos y en el comercio electrónico el requisito de la presentación de originales es uno de los obstáculos principales que la ley modelo trata de suprimir. [...] El artículo 8 subraya la importancia de la integridad de la información para su originalidad y fija criterios que deberán tenerse en cuenta al evaluar la integridad: la consignación sistemática de la información, garantías de que la información fue consignada sin lagunas y protección de los datos contra toda modificación. El artículo vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación y se centra en el método de autenticación que debe utilizarse para cumplir el requisito. El artículo se basa en los siguientes elementos: un criterio sencillo como el de la ‘integridad’ de los datos; una descripción de los elementos que deben tenerse en cuenta al

La aplicación del principio de equivalencia funcional o no discriminación, no consiste en equiparar automáticamente todo mensaje de datos a las formas tradicionales de manifestar el consentimiento, oral o por escrito. Para darle reconocimiento jurídico o no negarle su eficacia, los mensajes de datos deberán cumplir ciertos requisitos en conexión con el contexto en el que son creados para que se considere que cumplen las mismas funciones de sus predecesores.³²⁴ Esta es la razón para que algunos conceptos como escrito, firma y original, se adaptaran para el ámbito de los mensajes de datos.³²⁵ Así pues, cuando cualquier ordenamiento jurídico incluya exigencias de escrito, firma y original, podrán ser cumplidas con un mensaje de datos, pero no con cualquier mensaje de datos sino con aquel que tenga las características necesarias para suplir funcionalmente lo que hace un documento tradicional.³²⁶

Lo anterior no significa contravenir el principio de la equivalencia funcional en su acepción de no discriminación, sino por el contrario, se trata de establecer cómo la información contenida en soportes electrónicos puede reemplazar las tradicionales formas de expresar el consentimiento, siempre y cuando aquellos desempeñen las mismas funciones de estos.³²⁷

evaluar esa integridad; y un elemento de flexibilidad, como, por ejemplo, una referencia a las circunstancias”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 42-4.

324 “Así pues, la ley modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces “criterio del equivalente funcional”, basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 21.

325 “La ley modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función”, *ibíd.*, 22.

326 “Un mensaje de datos no es, de por sí, el equivalente de un documento de papel, ya que es de naturaleza distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la ley modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: al adoptar el criterio del “equivalente funcional”, se prestó atención a esa jerarquía actual de los requisitos de forma, que sirven para dotar a los documentos de papel del grado de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad que mejor convenga a la función que les haya sido atribuida”, *ibíd.*, 21.

327 “El enfoque de la equivalencia funcional se basa en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de que los documentos se consignen en papel con miras a determinar cómo podrían cumplirse estos objetivos y funciones con técnicas de comercio electrónico”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las*

A su vez, este principio se proyecta en el sentido de que la información contenida en un mensaje de datos, por ese hecho, no debe tener un trato privilegiado respecto de los demás soportes, lo cual equivale a una discriminación positiva, y el principio pretende es que no haya discriminación de los soportes electrónicos ni negativa ni positiva.³²⁸

La neutralidad tecnológica

La neutralidad tecnológica persigue que los avances en las tecnologías de la información y comunicación no conviertan en obsoletas las normas reguladoras del comercio electrónico.³²⁹ Por ello, no es conveniente vincular la reglamentación del comercio electrónico con una determinada tecnología de información y comunicación, de tal forma que, independiente de las tecnologías existentes o emergentes, haya permanencia en el tiempo de estas normas.³³⁰

La rapidez de las innovaciones tecnológicas es una realidad que el derecho regulador del comercio electrónico no puede desconocer. Con el principio de neutralidad tecnológica, se propicia un marco normativo estable que repercuta en seguridad jurídica para los partícipes del comercio electrónico.³³¹

Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005 (Nueva York, 2007), 30, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

328 “El principio de no discriminación pretende, pues, formular un ‘entorno jurídico neutro’ en el que tenga la misma relevancia la información consignada sobre papel y la información comunicada o archivada electrónicamente. Con esta orientación se apunta también hacia el principio de ‘de neutralidad tecnológica’, entendido este en el sentido de que tampoco debe discriminarse ‘ninguna de las diversas técnicas que pueden utilizarse para comunicar o archivar electrónicamente información’. Sin embargo, no debería interpretarse el art. 8.1 de la Convención en el sentido de dar ‘por sentado que establece la validez jurídica absoluta de toda comunicación electrónica o de cualquier información consignada en ella’. Se trata de no discriminar negativamente, pero tampoco positivamente. La información tendrá la validez que jurídicamente corresponda en cada caso, con independencia del soporte en que conste. El hecho de que este sea electrónico o un papel ha de ser indiferente a efectos de validez jurídica”, Madrid, “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, 65.

329 Según Illescas, el principio de neutralidad tecnológica se podría formular como: “[...] la aptitud de las nuevas normas disciplinadoras del C-E para abarcar con sus reglas no solo la tecnología existente en el momento en que se formulan sino también tecnologías futuras sin necesidad de verse sometidas a modificación”, Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 51.

330 “Este principio responde a la necesidad de que los usuarios del comercio electrónico puedan contar con un régimen coherente que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación. Se trata de evitar que los avances tecnológicos provoquen la rápida obsolescencia de las normas”, Camacho, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, 52.

331 “La neutralidad tecnológica reviste particular importancia habida cuenta de la rapidez de la innovación tecnológica y contribuye a garantizar que la legislación siga pudiendo dar cabida a las novedades futuras y no resulte anticuada muy pronto. [...] Además, este criterio destaca

En virtud de este principio, no es dable excluir ninguna técnica de comunicación; por el contrario, en la legislación sobre comercio electrónico se debe dar cabida a cualquier innovación técnica.³³²

Es contrario al principio de neutralidad tecnológica exigir la especificación de la tecnología, lo que ocurre en algunas legislaciones en lo tocante a los servicios de autenticación y firmas electrónicas, cuando se estipula exclusivamente la utilización de una infraestructura de clave pública (ICP), puesto que desconoce el empleo de otros medios que sean fiables para identificar a un sujeto y vincularlo con un mensaje de datos.³³³

Ante la evolución de las innovaciones tecnológicas, la LMFE, establece criterios para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas, independientemente de la tecnología utilizada, a saber, firmas electrónicas basadas en la criptografía asimétrica; los dispositivos biométricos (que

la libertad de las partes de elegir tecnología que se ajuste a sus necesidades. Se hace pues hincapié en la capacidad de las partes de determinar el nivel de seguridad que resulte idóneo para sus comunicaciones. Con ello se podrá evitar una complejidad tecnológica excesiva y los costos que conlleva". Naciones Unidas, CNUDMI, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas* (Viena: Naciones Unidas, 2009), 39, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

332 "Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la ley modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo", Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 18.

333 "Según el Grupo de Trabajo de la OCDE, la ICP parece ser el método de autenticación preferido cuando se requieren pruebas sólidas de la identidad y una gran seguridad jurídica de la firma electrónica. Se utiliza en determinadas 'comunidades de intereses' cuando todos los usuarios parecen tener una relación comercial previa de alguna forma. El uso de tarjetas con microcircuito habilitadas para la ICP y la integración de funciones de certificación digital en los programas informáticos de aplicaciones han hecho que el empleo de este método sea menos complicado para los usuarios. Sin embargo, se reconoce en general que la ICP no es necesaria para todas las aplicaciones y que la selección de los métodos de autenticación debe efectuarse en función de su adecuación a los fines para los que se utilicen", Naciones Unidas, CNUDMI, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas* (Viena: Naciones Unidas, 2009), 74, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013. "Durante la preparación de la ley modelo [sobre firmas electrónicas] se estimó que si se excluía alguna forma o algún medio mediante una limitación del ámbito de aplicación de la ley modelo podían surgir dificultades prácticas que irían en contra de la finalidad de ofrecer unas disposiciones auténticamente neutrales con respecto a los medios técnicos y a las tecnologías. En la preparación de la ley modelo, el grupo de trabajo de la CNUDMI sobre comercio electrónico observó el principio de la neutralidad respecto de la tecnología, si bien era consciente de que las 'firmas numéricas', es decir, las firmas electrónicas obtenidas mediante la aplicación de una criptografía de doble clave, eran una tecnología considerablemente difundida", Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación de la ley modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas (2001) al derecho interno* (Nueva York, 2002), 45, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>, consulta: 5 de diciembre, 2013.

permiten la identificación de personas por sus características físicas, como su geometría manual o facial, las huellas dactilares, el reconocimiento de la voz o el escáner de la retina, etc.); la criptografía simétrica; la utilización de números de identificación personal (NIP); la utilización de “contraseñas” para autenticar mensajes de datos mediante una tarjeta inteligente u otro dispositivo en poder del firmante; versiones digitalizadas de firmas manuscritas; la dinámica de firmas; y otros métodos, como la selección de un signo afirmativo en la pantalla electrónica mediante el ratón.³³⁴

El principio de neutralidad tecnológica significa que el comercio electrónico pretende abarcar todas las situaciones de hecho en que la información se genera, archiva o transmite en forma de comunicaciones electrónicas, independientemente de la tecnología o del medio que se haya utilizado. Por este motivo, las normas que regulen el comercio electrónico deben ser reglas “neutrales”; es decir, no dependen de la utilización de determinados tipos de tecnología ni la presuponen y podrían aplicarse a la comunicación y al archivo de cualquier tipo de información. La neutralidad tecnológica es particularmente importante habida cuenta de la velocidad de la innovación y del desarrollo tecnológicos, y contribuye a asegurar que se dará cabida a las futuras novedades tecnológicas y evitar que sus normas caigan rápidamente en desuso.³³⁵

No alteración del derecho de obligaciones y contratos

El comercio electrónico es un nuevo soporte y medio de expresión de la voluntad para la celebración de negocios jurídicos, no pretende introducir una nueva regulación en materia de obligaciones y contratos. Por el contrario, en lo posible, el derecho del comercio electrónico procura mantener intactas tales disposiciones, salvo los ajustes necesarios como consecuencia del reconocimiento jurídico dado a los mensajes de datos.³³⁶

334 *Ibíd.*, 43.

335 Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 29, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

336 Al enunciar el principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados, Illescas señala que: “En su virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos —nacional e internacional— en el momento en el que la articulación jurídica de la electrónica como instrumento de transacciones comerciales tiene lugar. Este postulado parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica; la reglamentación, por tanto, de las relaciones obligatorias entre los

En ese sentido, la LMCE en el art. 11, relativo a la formación y validez de los contratos, establece que: “En la formación de un contrato [...] la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”.

De esta forma, la ley modelo habilita el uso de mensajes de datos en el período precontractual, pero con ello no intenta distorsionar la normatividad aplicable, ya sea de derecho interno o de derecho internacional.³³⁷ Por esta razón, respecto del lugar y momento de la formación del contrato cuando la oferta o la aceptación se expresan por mensaje de datos, la ley modelo no dice nada a fin de no interferir con el derecho interno aplicable a la formación del contrato. Se consideró que una disposición de esa índole podría ir más allá del objetivo de la ley modelo, que debería limitarse a dar a las comunicaciones electrónicas un grado de certeza jurídica idéntico al de las comunicaciones consignadas sobre papel.³³⁸

En la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, se emplea el principio de no alteración del derecho preexistente, así sucede en el art. 7, sobre los requisitos de información³³⁹, y en el art. 13, relativo a la disponibilidad de las condiciones contractuales.³⁴⁰

ciudadanos perfeccionadas, ejecutadas y consumadas por vía electrónica no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación de los contratos privados”, Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 46-7.

337 “El artículo 11 no tiene por objeto interferir con el régimen relativo a la formación de los contratos, sino promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos. El artículo no trata solamente de la formación del contrato sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, una disposición enunciada en los términos del párrafo 1 podría considerarse como la mera expresión de algo evidente como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato pueda perfeccionarse válidamente por medios electrónicos”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 48.

338 *Ibid.*, 49.

339 “Requisitos de información. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas”, Naciones Unidas, *Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (Nueva York, 2005), artículos 7, 5, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

340 “Disponibilidad de las condiciones contractuales. Nada de lo dispuesto en la presente convención afectará a la aplicación de regla de derecho alguna por la que se obligue a una parte que negocie algunas o todas las condiciones de un contrato mediante el intercambio de comunicaciones electrónicas a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada

Ahora bien, a pesar de su enunciación y reconocimiento en la doctrina, el principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos, ha sido objeto de ciertas críticas, puesto que la difusión del empleo de los mensajes de datos puede terminar generando cambios en el derecho preexistente.³⁴¹

No obstante, la formulación del principio de inalterabilidad del derecho preexistente, el hecho es que se dictan normas específicas que, lentamente, van configurando un cuerpo normativo que responde a criterios o principios propios, así como a la aceptación de una nueva realidad tecnológica que se impone de facto de manera pujante y eficiente.³⁴²

Libertad contractual o negocial (libertad de contratación-libertad de configuración-libertad de forma)

La autonomía de la voluntad, o más recientemente llamada autonomía privada, es un concepto con notable trascendencia en el derecho privado. Una de las manifestaciones de la autonomía privada es la libertad contractual, según la cual los sujetos privados deciden si contratan y con quien lo hacen (libertad de contratación), qué contenido le dan al contrato (libertad de configuración), y qué forma le van a dar al contrato (libertad de forma). Inclusive, en la contratación internacional se permite a las partes elegir el derecho aplicable (autonomía conflictual).³⁴³

Los Principios de UNIDROIT, sobre los contratos comerciales internacionales 2010, consagran la libertad de contratación en el art. 1.1: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su

manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las condiciones del contrato, ni eximirá a una parte que no lo haga de las consecuencias jurídicas de no haberlo hecho”, Naciones Unidas, *Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (Nueva York, 2005), artículos 13, 8, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013.

341 “Es cierto que no se pretende modificar, excepto en lo referente a la legalización del uso del nuevo soporte, el derecho preexistente. Pero no es menos cierto que la generalización del uso del nuevo soporte electrónico en ciertos sectores empresariales y en relación con determinados tipos de contratos ha motivado un profundo cambio del derecho preexistente aplicable a unos y a otros”, Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 47-8.

342 “Por tanto, aunque el punto de partida sean los principios y la regulación existente en materia contractual, la tendencia apunta hacia la gestación y consolidación de un conjunto normativo propio configurado en torno a la especialidad que ofrecen las comunicaciones electrónicas, que irá dando lugar al surgimiento de un «cuerpo» jurídico con estructura, líneas maestras y principios propios”, Madrid, “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, 73.

343 Stefan LeibLe, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 3, n.º 1 (2011): 215.

contenido”, asimismo, en el art. 1.2 postula la libertad de forma: “Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”.³⁴⁴

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico reconoce un margen importante a la libertad contractual, de manera específica a la libertad de configuración, con relación a la comunicación de los mensajes de datos (capítulo III), en las que se incluyen aspectos como, la formación y validez de los contratos (art. 11), el reconocimiento por las partes de los mensajes de datos (art. 12), la atribución de los mensajes de datos (art. 13), el acuse de recibo (art. 14), y en cuanto al tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos (art. 15). En todos estos supuestos, conforme al art. 4 de la ley modelo, se les permite a las partes modificarlas mediante acuerdo.³⁴⁵

Adicionalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005, en aplicación del principio de libertad contractual o negocial, señala que: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones (art. 3); “Nada de lo dispuesto en la presente convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta” (art. 8.2); y “Nada de lo dispuesto en la presente convención obligará a que

344 Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, le da prioridad a la autonomía de las partes, al determinar en su artículo 6 que: “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”, De igual forma, en el artículo 11, reguló la libertad de forma en los siguientes términos: “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”, Naciones Unidas, *Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* (Viena, 1980), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, consulta: 5 de diciembre, 2013.

345 “En ese contexto, pues, la libertad negocial queda reconocida y en su virtud y uso, las partes podrán convenir los efectos entre ellas de un modo distinto a como se prevén por la LMCUCE. Esta queda reducida a valor de norma supletoria cuya aplicación se producirá únicamente en caso de que los contratantes no hayan decidido su exclusión y sustitución por otras reglas distintas o de propia creación más útiles a los fines comúnmente perseguidos por ellos. El soporte electrónico, en consecuencia, no excluye la libertad de pacto en un mayor grado o medida en que se excluye en la contratación verbal o manual”, Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 57.

una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular” (art. 9.1).³⁴⁶

El principio de libertad contractual o negocial, en sus diversas expresiones, libertad de contratación, libertad de configuración y libertad de forma, se hace extensivo a las declaraciones de voluntad instrumentadas en soportes electrónicos. De este modo, las normas reguladoras del comercio electrónico no desconocen que las partes en el contexto electrónico tienen la potestad de decidir si contratan o se abstienen de hacerlo, que están facultadas para asignarle el contenido a sus contratos electrónicos conforme sus necesidades lo requieran, y que deciden sobre la forma como quieren hacer sus declaraciones de voluntad.³⁴⁷

346 “Este principio de libertad de forma aparece formulado en el artículo 9.1 de la Convención sobre comunicaciones electrónicas: [...] Corolario de tal disposición es otra que le precede (art. 8.2): [...] Esta última norma expresa de manera explícita que, al no poderse imponer forma alguna, tampoco puede serlo la forma electrónica. Al mismo tiempo, la disposición aclara que la voluntad de comunicarse por medios electrónicos no tiene que ser objeto de una determinada declaración en tal sentido. Bastará con que de la conducta de las partes se deduzca que su voluntad es la de utilizar comunicaciones electrónicas en sus relaciones contractuales. Podrá bastar el hecho mismo del efectivo uso de los medios electrónicos”, Madrid, “El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica”, 63.

347 “Cabe señalar que el artículo 9 establece los criterios mínimos que han de cumplir los requisitos de forma que establezca el derecho aplicable. El principio de autonomía de las partes, enunciado en el artículo 3, que también figura en otros instrumentos de la CNUDMI, como en el artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa, no debe entenderse en el sentido de que permita a las partes llegar al extremo de suavizar los requisitos legislativos sobre la firma para propiciar métodos de autenticación que ofrezcan un menor grado de fiabilidad que la firma electrónica. En general, según se señaló, la autonomía de las partes no implica que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas las faculte para apartarse de los requisitos legislativos de forma o de autenticación de contratos y operaciones”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 18, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre, 2013. “Al mismo tiempo se aceptó de forma general que la autonomía de las partes no llega al extremo de permitir que se haga abstracción de requisitos legislativos que impongan, por ejemplo, la utilización de métodos concretos de autenticación en un determinado contexto. Esto es de particular importancia en lo que se refiere al artículo 9 de la Convención, que prevé los criterios con los que las comunicaciones electrónicas y sus elementos (por ejemplo, las firmas) pueden satisfacer los requisitos de forma, que normalmente son de carácter imperativo, pues se derivan de decisiones de orden público. La autonomía de las partes no permite a estas rebajar los requisitos legislativos (por ejemplo, sobre la firma) y favorecer métodos de autenticación que resulten menos fiables que las firmas electrónicas, que es la norma mínima reconocida por la Convención”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico: Nota explicativa de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. 39º período de sesiones. A/CN.9/608/Add.1*. (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), 14, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/522/15/PDF/V0652215.pdf?OpenElement>, consulta: 13 de mayo, 2014.

Derecho uniforme del comercio electrónico

El comercio electrónico, y en particular la contratación electrónica, han dinamizado el comercio, puesto que suministran herramientas tecnológicas de diversa índole mediante las cuales se pueden hacer las declaraciones de la voluntad. Los soportes electrónicos facilitan que sujetos ubicados en diferentes lugares puedan interactuar, lo que ha generado la proliferación de relaciones jurídicas en un medio adicional a los tradicionales.³⁴⁸

Es posible que dichos acuerdos se lleven a cabo dentro de las fronteras de un Estado, obrando como partes sus ciudadanos, donde el contrato se forme y se ejecute en su territorio, es decir, que se trate de comercio electrónico interno o nacional. Determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente no va a generar mayores dificultades; será cuestión de acudir al derecho interno.

Asimismo, puede ocurrir que en esas declaraciones de voluntad existan elementos extranjeros, las partes con nacionalidades diferentes, con establecimientos ubicados en Estados distintos, que el contrato se celebre en un Estado, pero su ejecución sea en otro, etc.; con lo que se determine que está en presencia de comercio electrónico internacional o trasfronterizo. Establecer el derecho aplicable y la jurisdicción competente, en principio, corresponde a las normas del derecho internacional privado.

Sin embargo, al aplicar al comercio electrónico internacional las reglas de conflicto del derecho internacional privado pueden presentarse algunos tropiezos, ya que no es tarea fácil definir la ubicación en la que una operación realmente tiene lugar, por ejemplo, cuando los bienes objeto del contrato son de naturaleza inmaterial.³⁴⁹

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la vocación internacional y la naturaleza global que caracterizan al comercio electrónico, así como la facilidad con la cual fluye la información por los medios electrónicos, propicia una contratación que no se limita por las fronteras. Por ello, se

348 “La realización del comercio electrónico ha traído cambios estructurales en las transacciones comerciales locales e internacionales. Tanto es así que se distingue entre comercio tradicional y comercio electrónico; el primero es el que no se realiza con medios electrónicos. El comercio electrónico se caracteriza por su celeridad, su flexibilidad y su universalidad en la realización de transacciones comerciales. Es al mismo tiempo un medio de comercio económico, gracias a sus bajos costos, e ideal para la celeridad que requieren las operaciones comerciales”, Torres, *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico*, 23.

349 OECD, “Group of high-level private sector experts on Electronic Commerce”, *OECD Digital Economy Papers*, n.º 29 (1997): 22, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzdd-8h6717h.pdf?expires=1421893736&id=id&accname=guest&checksum=54E2F7E0D34CC6A-3D01CDD71E861548B>, consulta: 6 de mayo, 2014.

advierte que se trata de una actividad transfronteriza y transcomunitaria, una actividad internacional que desborda fronteras nacionales y agrupaciones regionales de Estados; de ahí la necesaria armonización internacional de los principios básicos y las concretas reglas gobernadoras del comercio electrónico.³⁵⁰

El derecho uniforme del comercio electrónico es una especie del derecho uniforme del comercio internacional, en esa medida, sus causas están asociadas: el desarrollo del comercio internacional, la inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos, la insuficiencia de los métodos del derecho internacional privado y la insuficiencia de la *lex mercatoria*, como se analizó en el capítulo 1, propiciaron la conformación del derecho uniforme del comercio internacional; tales circunstancias también tienen que ver con la necesidad de construir un derecho uniforme del comercio electrónico.³⁵¹

350 En ese sentido Illescas plantea que: “Es una manifestación más de la globalización en la que el planeta se ve paulatinamente inmerso desde el final de la Guerra Fría. Sus normas disciplinadoras, por tanto, tienen que ser predominantemente armónicas alrededor del mundo; por supuesto también en el ámbito de la Unión Europea [...] y en consecuencia dentro de cada uno de sus Estados miembros”. Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 35. “El comercio electrónico es intrínsecamente una actividad mundial. El mayor acceso a los mercados internacionales lleva aparejado también el desafío procedente de otras partes del mundo. En numerosos foros se desarrolla actualmente un diálogo multilateral con participación de los Estados y la industria. El sector privado ha venido desempeñando un papel de pionero, por ejemplo, en el proceso conducente a acuerdos mundiales que se han convertido ya en hitos, como el Acuerdo sobre las Tecnologías de la Información (ITA) y los Acuerdos de Reconocimiento Mutuo sobre Evaluación de la Conformidad (MRA). Con la favorable conclusión de las negociaciones sobre servicios (1993) y telecomunicaciones (1997) en el marco de la Organización Mundial de Comercio, la Comunidad se ha comprometido, junto con los Estados miembros, a la apertura de la mayor parte de las actividades del comercio electrónico. En consecuencia, toda iniciativa europea en el ámbito del comercio electrónico debe ser compatible con los citados compromisos asumidos en el marco de la OMC”, Comisión de las Comunidades Europeas, *Iniciativa europea de comercio electrónico*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (97) 157 final (Bruselas: 1997), 13.

351 “En la actualidad, los pioneros del comercio electrónico trabajan en un entorno regulador fragmentado, a pesar de que existen ya acuerdos internacionales, como el WTO/GATS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) y los de la OMPI, que son aplicables a una serie de aspectos del comercio electrónico. Al igual que ocurre dentro del mercado único, la legislación nacional en vigor o futura en diversos campos (por ejemplo, sobre cifrado, firmas digitales, protección de datos y confidencialidad, legislación sobre contratos y nuevos medios de pago) puede crear obstáculos al comercio que impidan el desarrollo del comercio electrónico a escala mundial. Así pues, hay que encontrar soluciones a fin de crear un marco regulador internacional coherente para este tipo de comercio”, Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Iniciativa europea de comercio electrónico”*, 16 de abril de 1997, COM(97) 157 final, 28, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0157:FIN:ES:PDF>, consulta: 27 de noviembre, 2013. “[...] la forma en que las distintas legislaciones locales abordan la cuestión del comercio electrónico no es uniforme, existiendo severas diferencias en el modo de

Al respecto, se debe precisar que el derecho uniforme del comercio electrónico emergió incluso de manera anticipada a su regulación en los derechos nacionales, vacío que incrementaba la inseguridad jurídica y la insuficiencia de las normas del derecho internacional privado frente al comercio electrónico.³⁵²

La mayoría de instrumentos de armonización y unificación del comercio electrónico corresponden a instrumentos de derecho uniforme suave (*Soft Law*), que se caracterizan por persuadir a sus destinatarios para que hagan uso de sus disposiciones, ya sea los legisladores estatales o las mismas partes que intervienen en la contratación electrónica. De manera complementaria, y en razón a la necesidad de mayor unificación, también se han construido instrumentos de derecho uniforme fuerte (*hard law*).³⁵³

El rol de las agencias reguladoras o formuladoras ha sido determinante en esta labor, principalmente el papel desempeñado por la CNUDMI, en menor medida el UNIDROIT, y la CCI.

La CNUDMI ha expedido dos leyes modelo relacionadas con el comercio electrónico: La LMCE con la guía para su incorporación al derecho interno de 1996, junto con su nuevo art. 5 bis aprobado en 1998; y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas con la guía para su incorporación al derecho interno de 2001. Asimismo, con la contribución de la

aproximación al problema. Así, mientras algunos Estados no han dudado en regular la materia, otros, fundamentalmente los países en vías de desarrollo, en los que la tecnología sufre un notable retraso, no lo han hecho, lo cual genera incertidumbre en las relaciones comerciales electrónicas que se pretendan mantener con empresarios de dichos países". Oliva, "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales", 13.

352 Resaltando que el comercio electrónico tiene un marcado componente internacional o transfronterizo, Illescas sostiene: "De ahí que el derecho escrito originariamente existente en la materia haya sido derecho uniforme más que derecho nacional y de ahí que los derechos nacionales que ya van proliferando tengan una acusada común fuente de inspiración en instrumentos elaborados por las agencias formuladoras del derecho uniforme del comercio internacional, particularmente [...], la UE [...] y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el caso global", Illescas, *Derecho de la contratación electrónica*, 23.

353 "Si bien el instrumento normativo tradicional para la elaboración de normas uniformes es el convenio internacional, su rigidez no se corresponde con las necesidades del tráfico, la rápida transformación tecnológica y el carácter descentralizado de internet. Otros instrumentos más flexibles, destinados a servir de referencia al legislador estatal pero carentes de eficacia obligatoria, como la ley modelo, los códigos de conducta o las recomendaciones elaboradas por organizaciones internacionales, parecen ser preferidos en el ámbito de la contratación electrónica. Lo ilustra los instrumentos utilizados por la organización intergubernamental cuya normativa ha alcanzado un mayor impacto en esta materia como es la CNUDMI/UNCITRAL, con su importante LMCE (y su elaborada guía para la incorporación al derecho interno) [...] y la elaboración de reglas uniformes sobre firmas electrónicas". De Miguel A., *Derecho privado de internet*, 315.

CNUDMI, las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en el año 2005.³⁵⁴

Por su parte, UNIDROIT ha publicado tres versiones de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 1994 primera edición, 2004 segunda edición, y 2010 tercera edición. A partir de la segunda edición 2004, se hicieron algunas adecuaciones en consideración al comercio electrónico.³⁵⁵

En cuanto a los CCI, cabe mencionar que ofreció los *E-Terms* en 2004, y ha incluido la utilización de mensajes electrónicos en los INCOTERMS.³⁵⁶

Leyes modelo

Las leyes modelo se han ido consolidado paulatinamente como una de las herramientas más recurridas en el derecho uniforme del comercio internacional. La CNUDMI ha elaborado diez leyes modelo sobre diversas materias: arbitraje comercial internacional, transferencias internacionales de crédito, contratación pública de bienes y obras, contratación pública de bienes, obras y servicios, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza, firmas electrónicas, conciliación comercial internacional, insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial, y contratación pública.

Su razón de ser, como se indicó en el capítulo dos, tiene que ver con la intención de profundizar el proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional con mecanismos más flexibles y menos engorrosos que las convenciones, que ha sido la herramienta utilizada con predilección en los intentos de unificación del derecho.

La gran ventaja de las leyes modelo, que también puede ser considerada como una desventaja para los fines de la armonización, consiste en lo maleables que pueden ser para los legisladores estatales, cómo ellos pueden adecuarlas a las necesidades de sus respectivos ordenamientos jurídicos. A pesar de esto, en asuntos tan técnicos como el comercio electrónico, es baja la probabilidad que un Estado, al decidir incursionar en su regulación, se aparte ostensiblemente de sus orientaciones. Sin embargo, no existiría un mecanismo directo para conminar a un Estado a que regule sobre la materia cubierta por una ley modelo, tampoco para que lo haga en sintonía con ella.

354 Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <http://www.uncitral.org>.

355 UNIDROIT, <http://www.unidroit.org>.

356 CCI, <http://www.iccwbo.org>.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 51/162 de 1996, aprobó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.³⁵⁷

La LMCE, está compuesta por 17 artículos, dividida en dos partes, la primera relativa al comercio electrónico en general, y la segunda parte, sobre el comercio electrónico en materias específicas. A su vez, la primera parte se divide en tres capítulos: el capítulo I, disposiciones generales; el capítulo II, aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos, y el capítulo III, comunicación de los mensajes de datos. La segunda parte, incluye un capítulo sobre el transporte de mercancías.³⁵⁸

La finalidad de la ley modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos obstáculos jurídicos, como ciertos impedimentos legales en la comunicación de datos de cierta trascendencia jurídica en forma de mensajes electrónicos sin soporte de papel, o la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes, con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de “comercio electrónico”.³⁵⁹

En la Ley LMCE se incluye reglas en aspectos como el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos (art. 5), escrito, firma y original (arts. 6, 7 y 8), admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos (art. 9),

357 Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución 51/162 (1996). Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/51/162&Lang=S>, consulta: 12 de junio, 2014.

358 “Esta ley modelo está dividida en dos partes: la parte I trata del comercio electrónico en general y la parte II corresponde al comercio electrónico en áreas específicas. Se trata de principios que asisten la utilización de los contratos internacionales en el comercio electrónico, con el objeto de facilitar la adopción de esta modalidad negocial en Estados con sistemas jurídicos, económicos y sociales dispares. En los diecisiete artículos que constituyen esta ley marco se establecen normas para la validación y reconocimiento de los contratos instrumentados por medios digitales; se fija pautas para la formación y cumplimiento de los contratos digitales; se definen las características que debe reunir una escritura digital válida, así como la validez de un instrumento digital original; se estipulan estándares para la aceptabilidad de la firma digital con propósitos legales y comerciales, y se regula la admisión en juicio y en cortes arbitrales de medios de prueba digitales”. Andrea Viviana Sarra, *Comercio electrónico y derecho* (Buenos Aires: Astrea), 324.

359 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 16. Igualmente la CNUDMI destaca que “La ley modelo ofrece a los países un texto normativo ejemplar para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales”, *Ibid.*, 68.

formación y validez de los contratos (art. 11), atribución de los mensajes de datos (art. 13), acuse de recibo (art. 14), tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos (art. 15) y actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías (art. 16).³⁶⁰

Los antecedentes de la LMCE, se remontan a dos informes del Secretario General de la CNUDMI: el primero, titulado “Aspectos jurídicos del proceso automático de datos”, estudiado por la Comisión en el 17° período de sesiones (1984), en el que se describían diversas cuestiones jurídicas relativas al valor jurídico de la documentación informática, así como el requisito de un escrito, la autenticación, las condiciones generales, la responsabilidad y los conocimientos de embarque.³⁶¹ El segundo, titulado “Valor jurídico de los registros computadorizados” analizado por la Comisión en el 18° período de sesiones (1985), en el que se concluyó que, a nivel mundial, se tropieza con menos problemas de lo que cabría esperar en el empleo de datos almacenados en soportes informáticos como prueba en los litigios. Se señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel.³⁶²

Con fundamento en el informe de 1985, la Comisión aprobó una recomendación a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que elaboran textos jurídicos relacionados con el comercio, la cual fue aprobada por la Asamblea General mediante resolución 40/71 del 11 de diciembre de 1985. En general, se recomendó que se examinaran las normas jurídicas que afectan la utilización de registros de computadora: 1. como prueba en los litigios, 2. respecto de los documentos escritos, 3. en relación con la firma manuscrita u otro método de autenticación sobre papel; y, 4. frente a los documentos escritos, firmados de puño y letra para ser presentados a las

360 “El objetivo esencial de la ley modelo fue elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación de sus legislaciones sobre la materia, al tiempo que constituyera un instrumento internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones. Otro de los objetivos fue el de conceder un trato equivalente a la información contenida en soporte papel y la digital”. Sarra, *Comercio electrónico y derecho*, 324.

361 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Coordinación de la labor: aspectos jurídicos del procesamiento automático de datos*, 17° período de sesiones, A/CN.9/254 (Nueva York: Naciones Unidas, 25 de junio a 11 de julio de 1984), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/17th.html>, consulta: 15 de mayo, 2014.

362 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Valor jurídico de los registros computadorizados: informe del Secretario General*, 18° período de sesiones, A/CN.9/265 (Viena: Naciones Unidas, 3 a 21 de junio de 1985), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/18th.html>, consulta: 15 de mayo, 2014.

autoridades, sugiriendo que en todos estos casos se permitiera la utilización de medios electrónicos.³⁶³

La poca aceptación que tuvo la recomendación de 1985 impulsó a la CNUDMI a formular una legislación modelo sobre aspectos jurídicos del EDI y otros medios conexos de comunicación de datos.³⁶⁴

En el 25º período de sesiones, se presentó ante la comisión el informe del Grupo de Trabajo sobre pagos internacionales acerca de la labor de su 24º período de sesiones, en él se convino la necesidad de elaborar normas jurídicas en materia de comercio electrónico, asimismo que la forma más apropiada de tratar algunas de esas cuestiones era mediante disposiciones legales, en aspectos como: formación de contratos, riesgo y responsabilidad de las partes en una relación comercial y los terceros proveedores de servicios, definiciones más amplias de “escrito” y de “original” para su utilización en el comercio electrónico, y cuestiones relativas a la negociabilidad y a los títulos valores.³⁶⁵

Otro aspecto que se debatió en los trabajos preparatorios fue el instrumento que se emplearía en busca de certidumbre y armonización jurídica; se discutió sobre la conveniencia de una ley uniforme o de instrumentos

363 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Anuario Volumen XVI: 1985* (Nueva York: Naciones Unidas, 1989), 51.

364 Dos informes adicionales del Secretario General de la CNUDMI también hacen parte de los antecedentes de la ley modelo. Al primero de ellos, se le llamó “Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos”, considerado por la Comisión en el 23º período de sesiones (1990). Contiene un resumen de los trabajos realizados en las Comunidades Europeas y en los EE. UU. con respecto al requisito de la “forma escrita” y otros problemas observados en relación con el perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos. También se examinaron los esfuerzos realizados para superar algunos de los problemas mediante el recurso a acuerdos modelo en el campo de las comunicaciones. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Intercambio electrónico de datos: Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos*, 23º período de sesiones, A/CN.9/333 (Nueva York: Naciones Unidas, 25 de junio a 6 de julio de 1990), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/23rd.html>, consulta: 20 de mayo, 2014. Al segundo, se lo identificó como “Intercambio electrónico de datos”, visto en el 24º período de sesiones (1991), se describían las actividades actuales de las diversas organizaciones que se ocupaban de las cuestiones jurídicas relacionadas con el EDI y se analizaba el contenido de diversos modelos de acuerdos de intercambio de información ya preparados o que se estaban preparando. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Intercambio electrónico de datos: Cuestiones jurídicas*, 24º período de sesiones, A/CN.9/350 (Viena: Naciones Unidas, 10-28 de junio de 1991), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/24th.html>, consulta: 20 de mayo, 2014.

365 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Intercambio electrónico de datos: Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales acerca de la labor de su 24º período de sesiones*, 25º período de sesiones, A/CN.9/360 (Nueva York: Naciones Unidas, 4-22 de mayo de 1992), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/25th.html>, consulta: 20 de mayo de 2014.

más flexibles como la vía contractual, pero por las dificultades de esta, sobre todo cuando se involucra a terceros, se consideró preciso establecer un régimen legal basado en una ley modelo o en un convenio internacional. De *Ley Modelo* se pasó a hablar de *disposiciones legales modelo* o de *reglas uniformes*. Sin embargo, en el 28º período de sesiones, se retomó la idea de Ley Modelo.³⁶⁶

En el 29º período de sesiones, luego de examinar el texto del proyecto de ley modelo, con las modificaciones introducidas por el grupo de redacción, la Comisión aprobó en su 605ª sesión, celebrada el 12 de junio de 1996, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.³⁶⁷ La LMCE fue complementada por un nuevo art. 5 *bis*, aprobado por la Comisión en su 31º período de sesiones, celebrado en 1998.³⁶⁸

La ley modelo ofrece a los usuarios del comercio electrónico, con la ayuda de algunos principios fundamentales, la posibilidad de encontrar soluciones contractuales para superar los obstáculos jurídicos que dificulten el uso de esta modalidad de comercio. Los parámetros formulados en ese instrumento jurídico permitirán que los Estados que adapten su ordenamiento interno dispongan de un medio para reconocer la validez de las transacciones electrónicas sin necesidad de tener que negociar un convenio o tratado específico.³⁶⁹

366 “Hubo acuerdo en general en que la expresión “reglas uniformes” no era apropiada, pues sugería un instrumento legal análogo a las reglas de la práctica contractual, cuando lo que se requería era establecer el fundamento legislativo de la práctica del EDI. En cuanto a la forma precisa de esas disposiciones legales, decisión que anteriormente se había aplazado, el Grupo de Trabajo manifestó su preferencia por la forma de la ley modelo. Lo hizo en vista, particular, de la complejidad que entrañaba el formular y dar efecto a una convención internacional y del tiempo que ello insumiría, dificultades que resultaban desventajosas dada la necesidad apremiante de disposiciones legales en la materia”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Intercambio electrónico de datos: Informe del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos acerca de la labor realizada en su 27º período de sesiones*, 27º período de sesiones, A/CN.9/390 (Nueva York: Naciones Unidas, 31 de mayo a 17 de junio de 1994), 5, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/27th.html>, consulta: 20 de mayo de 2014.

367 Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29º período de sesiones*, 28 de mayo a 14 de junio de 1996, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento 17 (A/51/17) (Nueva York: Naciones Unidas, 1996), 49, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/29th.html>, consulta: 20 de mayo de 2014.

368 Naciones Unidas, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 31º período de sesiones*, 1º a 12 de junio de 1998, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento 17 (A/53/17) (Nueva York: Naciones Unidas, 1998), <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/31st.html>, consulta: 20 de mayo de 2014.

369 María Clara Gutiérrez Gómez, “Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico”, en *Comercio electrónico*, ed. Grupo de estudios de Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática (Bogotá: Legis, 2005), 8.

Ley Modelo de la CNUMDI sobre Firmas Electrónicas (2001)

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 56/80 de 2001, aprobó la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas elaborada por la CNUMDI.³⁷⁰

La LMFE, está compuesta por doce artículos, en los que se regulan aspectos como: ámbito de aplicación, definiciones, igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma, interpretación, modificación mediante acuerdo, cumplimiento del requisito de firma, cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6, proceder del firmante, proceder del prestador de servicios de certificación, fiabilidad, proceder de la parte que confía en el certificado, y reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras.

La finalidad de la LMFE es ayudar a los Estados a establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo para abordar de manera más eficaz las cuestiones relativas a las firmas electrónicas.³⁷¹ Ofrece normas prácticas para comprobar la fiabilidad técnica de las firmas electrónicas; brinda un vínculo entre dicha fiabilidad técnica y la eficacia jurídica que cabe esperar de una determinada firma electrónica. Pretende mejorar el entendimiento de las firmas electrónicas y la seguridad de que puede confiarse en determinadas técnicas de creación de firma electrónica en operaciones de importancia jurídica. Además, al establecer una serie de normas básicas de conducta para las diversas partes que puedan participar en el empleo de firmas electrónicas (firmantes, terceros que actúen confiando en el certificado y terceros prestadores de servicios), la ley modelo puede ayudar a configurar prácticas comerciales más armoniosas en el ciberespacio.³⁷² Sus objetivos son permitir o facilitar el empleo de firmas electrónicas y conceder igualdad de trato a los usuarios de documentación consignada sobre papel y a los de información consignada en soporte informático.³⁷³

370 Naciones Unidas, Asamblea General, *Resolución 56/80 (2001) Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/29/PDF/N0149029.pdf?OpenElement>, consulta: 12 de junio, 2014.

371 "Al igual que la LMCE, la de la *firma electrónica* es una propuesta a los Estados para que incorporen a su derecho interno algunas disposiciones relacionadas con estos mecanismos de seguridad tecnológica, teniendo en cuenta sus limitaciones, procedimientos y las condiciones propias de su ordenamiento", Gutiérrez, "Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico", 9.

372 "[...] la finalidad de estas normas es establecer criterios comunes respecto del régimen legal de las firmas que proporcionen una infraestructura internacional para la actividad comercial por vía electrónica, dada la existencia de legislaciones estatales que adolecen ya de la falta de uniformidad [...]". Apol-lònia Martínez Nadal, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación* (Madrid: Civitas, 2001), 127-8.

373 Naciones Unidas, CNUMDI, *Guía para la incorporación de la ley modelo de la CNUMDI para las firmas electrónicas (2001) al derecho interno*, 10-1.

Los trabajos preparatorios de la LMFE, inician desde el mismo momento en que fue aprobada la LMCE, en el 29º período de sesiones de la comisión, en 1996, puesto que, al abordar el punto de la labor futura con respecto al comercio electrónico, la comisión decidió incluir en su programa las cuestiones de las firmas digitales y las autoridades certificadoras. Le indicó, al grupo de trabajo, que las normas uniformes que había que preparar se refirieran a cuestiones como la base jurídica que sustentaba los procesos de certificación, incluida la tecnología incipiente de autenticación y certificación digitales; la aplicabilidad del proceso de certificación; la asignación del riesgo y la responsabilidad de los usuarios, proveedores y terceros en el contexto del uso de técnicas de certificación; las cuestiones concretas de certificación mediante el uso de registros y la incorporación por remisión.³⁷⁴

En el 30º período de sesiones de 1997, se presentó ante la comisión, el informe acerca de la labor del 31º período de sesiones del grupo de trabajo sobre comercio electrónico. El grupo de trabajo consideró que había logrado un consenso en relación con la importancia y la necesidad de proceder a la armonización de la legislación en cuestiones relacionadas con las firmas digitales y las autoridades certificadoras, pero no había adoptado una decisión firme respecto de la forma y el contenido de su labor, si bien había llegado a la conclusión preliminar de que era viable emprender la preparación de un proyecto de normas uniformes sobre cuestiones relacionadas con las firmas digitales.³⁷⁵

374 "La comisión solicitó de la secretaría que preparara un estudio de antecedentes de las cuestiones de las firmas digitales y los proveedores de servicios, basado en un análisis de las leyes que se estaban elaborando actualmente en varios países. Sobre la base de ese estudio, el grupo de trabajo examinaría la conveniencia y viabilidad de preparar normas uniformes sobre los temas mencionados. Se convino en que la labor que había de llevar a cabo el grupo de trabajo en su 31º período de sesiones podía incluir la preparación de proyectos de normas sobre ciertos aspectos de dichos temas. Se pidió al grupo de trabajo que proporcionara a la Comisión elementos suficientes para adoptar una decisión informada acerca del ámbito de las normas uniformes que habían de elaborarse. Habida cuenta de la gran variedad de actividades a que se refería la ley modelo aprobada en el período de sesiones en curso y de la posible labor futura en la materia de comercio electrónico se decidió cambiar el nombre del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos por el de 'Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico'" CENUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29º período de sesiones, 28 de mayo a 14 de junio de 1996*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento 17 (A/51/17) (Nueva York: Naciones Unidas, 1996), 53, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/29th.html>, consulta: 21 de mayo de 2014.

375 CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 31º período de sesiones (Nueva York, 18 a 28 de febrero de 1997)*, 30º período de sesiones, A/CN.9/437 (Viena: Naciones Unidas, 12-30 de mayo de 1997), 39, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/30th.html>, consulta: 21 de mayo, 2014.

La comisión hizo suyas las conclusiones del grupo de trabajo y le encomendó la preparación de un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas de la firma numérica y de las entidades certificadoras. La forma y alcance del régimen uniforme no fue posible definirlo en una etapa tan temprana. Si bien el grupo de trabajo podría concentrar su atención en las cuestiones de las firmas numéricas, el régimen uniforme que se preparara debería atenerse al criterio de neutralidad adoptado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en lo relativo a los diversos medios técnicos disponibles, y no debería desalentar el recurso a otras técnicas de autenticación. Respecto de las entidades certificadoras, si bien la comisión reconoció el valor de las normas de fiabilidad o seguridad fijadas por el mercado, predominó el parecer de que el grupo de trabajo podría considerar el establecimiento de un conjunto de normas mínimas que las entidades certificadoras habrían de respetar estrictamente, particularmente en casos en los que se solicitara una certificación de validez transfronteriza.³⁷⁶

Entre el 31º y 33º período de sesiones de la comisión, se le presentó los informes del 32º al 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, en los que la comisión observó que todavía no se había llegado a un consenso respecto del modo de abordar estas cuestiones, en un marco jurídico internacionalmente aceptable, ni sobre la política legislativa en que debía basarse el régimen uniforme.³⁷⁷

376 “En el período 30 de sesiones de la CNUDMI, celebrado en el año 1997, se discutió la viabilidad y convenciencia de preparar un régimen uniforme sobre las cuestiones relativas a las firmas digitales, las entidades certificadoras y asuntos conexos. El grupo de trabajo tuvo sucesivas reuniones tendientes a estructurar un régimen de tales características, el cual presentó demoras por la presencia de múltiples dificultades en el logro del consenso en algunos aspectos jurídicos”. Gutiérrez, “Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico”, 8-9.

377 Sobre estos períodos de sesiones, tanto de la comisión como del grupo de trabajo, puede consultarse: *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 30º período de sesiones, 12 a 30 de mayo de 1997*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo segundo período de sesiones, Suplemento 17, A/52/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 1997), 55-6. *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 31º período de sesiones, 1º a 12 de junio de 1998*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento 17, A/53/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 1998), 23. *Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 32º período de sesiones (Nueva York, 29 de junio a 10 de julio de 1998)*, 32º período de sesiones, A/CN.9/454 (Viena: Naciones Unidas, 17 de mayo-4 de junio de 1999). *Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 34º período de sesiones (Viena, 8 a 19 de febrero de 1999)*, 32º período de sesiones, A/CN.9/457 (Viena: Naciones Unidas, 17 de mayo-4 de junio de 1999). *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones, 17 de mayo a 4 de junio de 1999*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento 17, A/54/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), 39-40. *Informe del Grupo de Trabajo sobre comercio electrónico acerca de la labor de su 35º período de sesiones (Viena, 6 a 17 de septiembre de*

En el 34º período de sesiones de 2001, se presentó ante la comisión, los informes acerca de la labor del 37º (2000) y 38º (2001) períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico. Además, la comisión tuvo a su disposición las observaciones recibidas de los gobiernos y de las organizaciones internacionales. Tras concluir su examen de las propuestas presentadas por las delegaciones con respecto al texto del proyecto de ley modelo sobre la base de las observaciones recibidas de los gobiernos y las organizaciones internacionales interesadas, la comisión procedió a un examen sistemático de los proyectos de artículo. Una vez concluidas sus deliberaciones sobre el texto del proyecto de ley modelo, la comisión procedió a examinar el proyecto de guía para la incorporación al derecho interno, preparado por la secretaría.³⁷⁸

En su 727ª sesión, celebrada el 5 de julio de 2001, la comisión, tras examinar el texto del proyecto de ley modelo revisado por el grupo de redacción y del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno preparado por la Secretaría, aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, junto con la guía para la incorporación de la ley modelo al derecho interno.³⁷⁹

Las Naciones Unidas establecieron una ley modelo para facilitar a los Estados la elaboración de leyes nacionales sobre la firma electrónica dotadas de uniformidad internacional y validez global. La ley modelo otorga pleno e idéntico valor jurídico a las firmas electrónicas con independencia de la tecnología utilizada para su estampación; no obstante, presta mayor atención a las firmas de doble clave basadas en un certificado emitido por un prestador de servicios de certificación; asimismo,

1999), 33º período de sesiones, A/CN.9/465 (Nueva York: Naciones Unidas, 12 de junio-7 de julio de 2000). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor de su 36º período de sesiones*, 33º período de sesiones, A/CN.9/467 (Nueva York: Naciones Unidas, 12 de junio-7 de julio de 2000). *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 33º período de sesiones, 12 de junio a 7 de julio de 2000*, Asamblea General, Documentos oficiales, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento 17, A/55/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2000), 98. Disponibles en www.uncitral.org

378 “Tan solo hasta el período 34 de sesiones de la CNUDMI, en junio de 2001, se presentó a consideración de los miembros el proyecto de LMFE y su respectiva Guía para la incorporación, las cuales fueron preparadas a partir del supuesto previsto en el artículo 7º de la LMCE, correspondiente a las consideraciones jurídicas relacionadas con la *Firma*”. Gutiérrez, “Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico”, 9.

379 CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 34º período de sesiones, 25 de junio a 13 de julio de 2001*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento 17, A/56/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2001), 201-84, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/34th.html>, consulta: 21 de mayo de 2014.

da a las partes plena libertad para pactar incluso en contra de lo regulado por ella.³⁸⁰

Convención de las Naciones Unidas sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)

Frente a los inciertos resultados que las leyes modelo podrían generar en el proceso de armonización y unificación del comercio electrónico, fue necesario acudir a instrumentos que garantizaran un alto grado de armonización del derecho de los Estados participantes. La convención, por su carácter vinculante, es el instrumento de unificación del derecho del comercio internacional por excelencia.³⁸¹

La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 60/21 del 23 de noviembre de 2005, aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales preparada por la CNUDMI.

Está conformada por 25 artículos, dividida en cuatro capítulos: capítulo I, esfera de aplicación; capítulo II, disposiciones generales; capítulo III, utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales; y, capítulo IV, disposiciones finales.³⁸²

La finalidad de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas es ofrecer soluciones prácticas para las cuestiones que plantea la utilización de medios electrónicos de comunicación para la celebración de contratos internacionales. No se trata de establecer reglas uniformes que regulen cuestiones contractuales sustantivas que no estén directamente relacionadas con la utilización de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, no

380 Rafael Illescas, "La ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las firmas electrónicas", en *Derecho mercantil contemporáneo*, coord., Isabel Candelario y Jorge Oviedo, t. I (Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2005), 97.

381 "[...] una convención internacional, en cuanto que instrumento vinculante y obligatorio para los Estados contratantes, se manifiesta como la única herramienta legal capaz de proporcionar el grado de certeza y seguridad jurídica que requiere el comercio electrónico internacional", Oliva, "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales", 13.

382 "En lo que se refiere a su ámbito de aplicación, la convención adopta el mismo criterio desarrollado por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional, es decir: la Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. Igualmente, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas incluye unas normas tendientes a determinar las relaciones jurídico-negociales a las cuales esta no aplica y la posibilidad para las partes de excluir la aplicación de la misma", Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional*, 476-7.

siempre es factible o conveniente separar estrictamente las cuestiones tecnológicas de las sustantivas en el contexto del comercio electrónico. Por eso, la convención cuenta con reglas que van más allá de la mera reafirmación del principio de equivalencia funcional en los aspectos en que se precisan normas que garanticen la eficacia de las comunicaciones electrónicas.³⁸³

En general, la convención establece reglas sobre la ubicación de las partes (art. 6), el reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas (art. 8), tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (art. 10), el empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato (art. 12), y el error en las comunicaciones electrónicas (art. 14).

En cuanto a la preparación de la convención, sus referencias remotas se ubican en el 33º período de sesiones de la Comisión de 2000,³⁸⁴ ya que, al definir la labor futura en materia de comercio electrónico, las propuestas fueron: 1. La contratación electrónica, considerada desde la perspectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional. 2. La solución de controversias por vía informática. 3. La desmaterialización de los documentos que confieren título de propiedad, particularmente en la industria de los transportes. La comisión acogió la propuesta de realizar estudios sobre estos tres temas, convino que después de terminar su labor actual, relativa al proyecto de régimen uniforme so-

383 “La CUECIC pretende establecer una serie limitada de normas cuya finalidad primordial es la de eliminar las barreras que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, ya que, de ese modo, según palabras empleadas en el preámbulo de la propia Convención, se aumentaría la certidumbre jurídica, la previsibilidad comercial y se ayudaría a los Estados a obtener acceso a las rutas comerciales modernas. De esta forma, la Convención, publicada en los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas, proporciona a la comunidad de empresarios que emplean las nuevas tecnologías de la información y comunicación un texto legal que ha sido calificado como ‘the most important and long awaited development in international electronic commerce law’”, Oliva, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, 5.

384 Incluso desde el 32º período de sesiones de la Comisión, celebrado en 1999, se hicieron varias sugerencias con respecto a la labor futura en el ámbito del comercio electrónico una vez concluida la elaboración de la LMFE. Se recordó que, al final del 32º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se había propuesto que el Grupo de Trabajo tal vez deseara celebrar un intercambio de opiniones preliminar con miras a la preparación de una convención internacional basada en disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y del proyecto de ley modelo sobre las firmas electrónicas. Se informó a la Comisión de que en varios países se había expresado interés por la preparación de un instrumento de esa índole. Naciones Unidas, CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones, 17 de mayo a 4 de junio de 1999*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento 17, A/54/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 1999), 40. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/32nd.html>, consulta: 22 de mayo de 2014.

bre firmas electrónicas, el grupo de trabajo examinara en la primera reunión (2001) algunos o todos los temas mencionados, así como cualquier otro tema adicional, a fin de hacer propuestas más concretas para la labor futura de la comisión.³⁸⁵

En el 34º período de sesiones de la comisión (Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2001), se presentó el informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de su 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001). El grupo de trabajo concluyó recomendando a la comisión que iniciara la labor de preparación de un instrumento internacional que regulara de forma prioritaria determinadas cuestiones relacionadas con la contratación electrónica. Igualmente se recomendó a la comisión que se encargara a la secretaría la preparación de estudios sobre: a) posibles obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales; b) cuestiones relacionadas con la transferencia de derechos y constitución de garantías reales por medios electrónicos; y c) un estudio relativo a las necesidades específicas del arbitraje por vía informática.³⁸⁶ La comisión apoyó las recomendaciones formuladas por el grupo de trabajo, por estimarse que constituían una sólida base para la labor futura de la comisión; además tomó nota sobre la forma que revestiría el instrumento que podía ser la de una convención específica sobre el tema.³⁸⁷

Entre el 35º y 37º período de sesiones de la comisión, se le presentó los informes del 39º al 43º período de sesiones del grupo de trabajo, en los que la comisión reafirmó su convicción de que sería de gran utilidad disponer de un instrumento internacional que regulara ciertas cuestiones de contratación electrónica, ya que con ello se facilitarían la utilización de los medios modernos de comunicación en las operaciones comerciales transfronterizas.³⁸⁸

385 CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 33º período de sesiones, 12 de junio a 7 de julio de 2000*, Asamblea General, Documento Oficiales, Quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento 17, A/55/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2000), 98-9, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/33rd.html>, consulta: 22 de mayo de 2014.

386 CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 38º período de sesiones (Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001)*, 34º período de sesiones, A/CN.9/484 (Viena: Naciones Unidas, 25 de junio-13 de julio de 2001), 28, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/34th.html>, consulta: 22 de mayo de 2014.

387 CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 34º período de sesiones, 25 de junio a 13 de julio de 2001*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento 17, A/56/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2001), 61-2, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/34th.html>, consulta: 22 de mayo de 2014.

388 Sobre estos períodos de sesiones, tanto de la Comisión como del Grupo de Trabajo, puede consultarse: *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 39º período de sesiones (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)*, 35º período de sesiones, A/CN.9/509 (Nueva York: Naciones

En su 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005), la comisión examinó la versión revisada del proyecto de convención, que comprende los artículos aprobados por el grupo de trabajo en su 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004) y el proyecto de preámbulo y disposiciones finales, sobre el cual el grupo de trabajo había sostenido únicamente un intercambio general de opiniones en esa ocasión. La comisión tomó nota del resumen de las deliberaciones sobre el proyecto de convención sostenidas desde el 39º período de sesiones del grupo de trabajo IV (Comercio Electrónico) y de la información de antecedentes. Tomó nota también de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales sobre el proyecto de convención.³⁸⁹

En su 810ª sesión, celebrada el 15 de julio de 2005, la comisión aprobó por consenso la decisión de presentar a la Asamblea General el proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, y recomendar que la Asamblea General examine dicho proyecto con miras a aprobar una convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.³⁹⁰

Unidas, 17-28 de junio de 2002). *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 35º período de sesiones*, 17 a 28 de junio de 2002, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento 17, A/57/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2002), 35-36. *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor en su 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)*, 36º período de sesiones, A/CN.9/527 (Viena: Naciones Unidas, 30 de junio-11 de julio de 2003). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de la labor realizada en su 41º Período de Sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)*, 36º período de sesiones, A/CN.9/528 (Viena: Naciones Unidas, 30 de junio-11 de julio de 2003). *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones, 30 de junio a 11 de julio de 2003*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento 17, A/58/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2003), 50-51. *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)*, 37º período de sesiones, A/CN.9/546 (Nueva York: Naciones Unidas, 14-25 de junio de 2004). *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sobre la labor realizada en su 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)*, 37º período de sesiones, A/CN.9/548 (Nueva York: Naciones Unidas, 14-25 de junio de 2004). *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 37º período de sesiones, 14 a 25 junio 2004*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento 17, A/59/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2004), 27. Disponibles en www.uncitral.org.

389 CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38º período de sesiones, 4 a 15 julio 2005*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo período de sesiones, Suplemento 17, A/60/17 (Nueva York: Naciones Unidas, 2005), 4, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/38th.html>, consulta: 22 de mayo de 2014.

390 CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 38º Período de Sesiones, 4 a 15 julio de 2005*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo período de sesiones, Suplemento 17, A/60/17 (Nueva York:

El 23 de noviembre de 2005, la Asamblea General adoptó la convención, que el Secretario General abrió a la firma desde el 16 de enero de 2006 al 16 de enero de 2008, en virtud de su resolución 60/21.³⁹¹

Conforme a su art. 23.1, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) ya entró en vigor, puesto que ello sucedería el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Depositaron instrumentos de ratificación: Honduras, el 15 de junio de 2010; Singapur, el 7 de julio de 2010; y de adhesión, República Dominicana, el 2 de agosto de 2012, entrando en vigor para estos países el 1 de marzo de 2013. La Federación de Rusia depositó instrumento de aceptación el 6 de enero de 2014 y Congo de adhesión el 28 de enero de 2014, entrando en vigor para estos países, conforme al art. 23.2, el 1 de agosto de 2014. A la fecha son cinco los Estados parte de la convención.³⁹²

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), constituye uno de los aportes más importantes para superar las diferencias legislativas que dificultan el avance del comercio electrónico a nivel global.³⁹³

Naciones Unidas, 2005), 43-4, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/38th.html>, consulta: 22 de mayo, 2014.

391 “La CNUDMI espera que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas resulte útil a los Estados para facilitar el funcionamiento de otros instrumentos internacionales, particularmente los relacionados con el comercio. En el artículo 20 se trata de ofrecer una posible solución común para algunos obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio electrónico en los instrumentos internacionales existentes, de forma que se evite la necesidad de enmendar los distintos tratados internacionales”. Rodríguez, *Introducción al derecho mercantil internacional*, 480.

392 La situación actualizada de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) puede ser consultada en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html, consulta: 22 de mayo de 2014.

393 “La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales es un instrumento que, a la vista de su contenido, puede ayudar a derribar las barreras jurídicas que actualmente se oponen al desarrollo del comercio electrónico a nivel internacional. Sus disposiciones, inspiradas por igual en la CISG y en la LMCE, reflejan los principios fundamentales de la contratación electrónica, como el de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica o inalterabilidad del preexistente Derecho de obligaciones y contratos, además de proteger en todo caso la buena fe en el comercio electrónico internacional”, Oliva, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales”, 58.

E-Terms de la CCI (2004)

En el año 2004, la CCI ofreció los *E-Terms*, en respuesta a los desafíos y oportunidades que las nuevas tecnologías configuran para la práctica empresarial.³⁹⁴

Al hacer uso de los *E-Terms* 2004, las partes han acordado intencionalmente contratar electrónicamente. Por ello, si se tiene que resolver alguna controversia sobre el funcionamiento de sus contratos, se les deja claro a los árbitros y jueces, que las partes no discutirán sobre los medios técnicos con los que han contratado.³⁹⁵

Los *E-Terms* 2004 de la CCI están diseñados para mejorar la seguridad jurídica de los contratos celebrados por medios electrónicos, proporcionan dos artículos cortos, fáciles de incorporar en los contratos, que dejan en claro que las partes tienen la intención de acordar un contrato electrónico vinculante, no afectan a la materia objeto del contrato, y no interfiere con ningún término que pueda haber acordado otra cosa, simplemente facilita los procedimientos y el uso de medios electrónicos en la conclusión de un contrato, se pueden utilizar para cualquier contrato de venta u otra disposición de bienes, derechos o servicios.³⁹⁶

Los *E-Terms* de la CCI (2004) están conformados por dos artículos, el primero de ellos hace alusión al acuerdo de comercio electrónico, y el segundo, se refiere al envío y recepción de los mensajes de datos.

Con el acuerdo de comercio electrónico, consagrado en el artículo primero de los *E-Terms*, las partes podrán establecer reglas contractuales sobre: (1.1.) la validez del uso de mensajes electrónicos, (1.2.) la admisibilidad como prueba de los mensajes electrónicos, y (1.3.) la no impugnación de la validez del uso de mensajes electrónicos.³⁹⁷

394 CCI, "Electronic Contracting", <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>, consulta: 23 de mayo de 2014.

395 CCI, "Electronic Contracting", <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>, consulta: 23 de mayo de 2014.

396 "Las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*E-Terms* 2004) se componen de dos breves cláusulas que pretenden dotar de seguridad jurídica a todo contrato que se pretenda celebrar por vía electrónica, facilitando la negociación en este entorno", Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 10.

397 "Artículo 1.- Acuerdo de comercio electrónico. Las partes acuerdan: 1.1.- que el uso de mensajes electrónicos creará derechos y obligaciones validas y exigibles entre ellos; y 1.2.- que en la medida permitida por la ley aplicable, los mensajes electrónicos serán admisibles como prueba, a condición de que esos mensajes electrónicos se envíen a las direcciones y en los formatos, en su caso, designados ya sea expresa o implícitamente por el destinatario; y 1.3.- no impugnar la validez de cualquier comunicación o acuerdo entre ellos por el solo hecho de la utilización de medios electrónicos, independientemente de que dicho uso sea revisado por cualquier persona natural", CCI, *eTerms* 2004, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>, consulta: 23 de mayo de 2004.

En cuanto al envío y recepción de los mensajes electrónicos, cuyas reglas se incluyen en el artículo segundo de los *E-Terms*, las partes podrán precisar contractualmente sobre: 2.1.) el momento del envío y recepción de un mensaje electrónico, 2.2.) la recepción en un sistema de información distinto del designado, y 2.3.) el lugar de envío y recepción de un mensaje electrónico.³⁹⁸

Los efectos vinculantes de los *E-Terms* de la CCI (2004) están supeditados a que los partícipes en la relación contractual, en la que se van a emplear medios electrónicos para manifestar la voluntad, acuerden su utilización.³⁹⁹

La labor de la CCI en materia de comercio electrónico, al diseñar unas cláusulas contractuales modelo, fue bien vista incluso por el grupo de trabajo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, el cual para la época en que se estaba preparando la convención sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación internacional, consideró que esa labor complementaba útilmente la que había emprendido el grupo de trabajo con miras a elaborar una convención internacional. En opinión del grupo de trabajo, las dos tareas no se excluían mutuamente, en particular porque la Convención regulaba requisitos que ya solía prever la legislación, y porque los obstáculos jurídicos, al ser de carácter legislativo, no podían anularse con estipulaciones contractuales o normas no vinculantes. El grupo de trabajo expresó su reconocimiento a la CCI por el interés que había mostrado en llevar a cabo su labor en cooperación con la CNUDMI, y confirmó que estaba dispuesto a formular observaciones sobre los proyectos que preparara la CCI.⁴⁰⁰

398 "Artículo 2.- Envío y Recepción. 2.1.- Un mensaje electrónico se considera: (a) expedido o enviado cuando entra en un sistema de información fuera del control del remitente; y (b) recibido en el momento en que entre en un sistema de información designado por el destinatario. 2.2.- Cuando se envía un mensaje electrónico a un sistema de información distinto del designado por el destinatario, se considera que el mensaje electrónico es recibido en el momento en que el destinatario tenga conocimiento del mensaje. 2.3.- A los efectos de este contrato, se considera que un mensaje electrónico es expedido o enviado en el lugar donde el emisor tiene su establecimiento y se considerará que se ha recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento", CCI, *eTerms 2004*, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>, consulta: 23 de mayo de 2004.

399 "Aunque son la expresión legítima de una respuesta articulada desde el sector empresarial (*lex mercatoria*) para solventar las lagunas o insuficiencias legales a las que se enfrentan los comerciantes (no son aplicables a los contratos con consumidores) que pretenden contratar vía electrónica, y como tal tienen un valor profesional incuestionable, no garantizan ni la certeza jurídica ni la uniformidad, ya que su aplicación es puramente voluntaria (*opt-in*), dependiendo exclusivamente de que las partes contratantes acuerden explícita o implícitamente someterse a dichas cláusulas (*vid.*, Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico), por lo que en aquellos casos en que no se haya hecho tal cosa no podrán ser aplicadas", Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 10.

400 "El grupo de trabajo señaló que la CCI había establecido un equipo de trabajo con la misión de formular reglas contractuales y directrices sobre cuestiones jurídicas relacionadas con el comercio electrónico, denominadas provisionalmente *E-terms 2004*. Se informó al grupo de trabajo de que el resultado previsto de la labor de ese grupo sería un documento pragmático

Los *E-Terms* 2004 fueron complementados por la CCI con una guía para la contratación electrónica, en la que se hacen sugerencias respecto a: 1. cómo aplicar los *E-Terms*, 2. su validez jurídica, 3. sus límites, 4. quién contrata en su nombre, 5. con quién se está contratando, 6. la elaboración de un contrato electrónico, 7. especificaciones técnicas, 8. protección de la confidencialidad, y 9. análisis técnico y administración del riesgo.⁴⁰¹

Principios de UNIDROIT y la contratación electrónica

En la introducción a la edición 2004 de los Principios de UNIDROIT, el Consejo de Dirección, manifiesta que se consideró oportuno comprobar si, y en qué medida, la edición de 1994 requería adiciones o modificaciones en consideración de la creciente relevancia de la contratación en forma electrónica. Al final se decidió que en lo concerniente al articulado se requerían pocos cambios, en cambio, fueron introducidas modificaciones más significativas a los comentarios.⁴⁰²

El art. 1.2, que consagra la libertad de forma, hacía alusión al concepto de “escrito” en la edición 1994, mientras que en la edición 2004, con una concepción más amplia, se incluye la idea de “forma en particular”.⁴⁰³

en el que tendrían cabida los problemas prácticos y sus posibles soluciones y en el que se tendrían en cuenta también las distintas necesidades de las grandes y pequeñas empresas. El documento *E-terms* 2004 sería un instrumento de carácter voluntario que no entraría en conflicto con la autonomía de las partes. Se observó que el alcance del documento *E-terms* 2004 se basaba en un detenido análisis de las prácticas y necesidades de las empresas de diversos sectores, independientemente de si eran pequeñas, medianas o grandes. La labor del mencionado grupo había partido del principio de que un instrumento internacional tal vez no fuera el mejor medio para resolver varios problemas que planteaba el comercio electrónico, pero se había considerado que tal instrumento podía dar seguridad jurídica a las operaciones de contratación electrónica, ofreciendo a los usuarios una combinación de reglas voluntarias, cláusulas modelo y directrices. La ventaja de este enfoque radicaría en su flexibilidad, ya que las empresas podrían adoptar elementos de esas reglas o cláusulas modelo, que, si fuera necesario, podrían enmendarse fácilmente”, CNUDMI, *Informe del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) acerca de la labor realizada en su 42º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003)*, 37º período de sesiones, A/CN.9/546 (Nueva York: Naciones Unidas, 14 de junio a 2 de julio de 2004), 10, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/37th.html>, consulta: 23 de mayo de 2014.

401 CCI, *Guía para la contratación electrónica*, <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business/>, consulta: 23 de mayo de 2014.

402 Consejo de Dirección de UNIDROIT, “Introducción a la edición 2004”, en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), vii.

403 “1. Los contratos no están sujetos en principio a ninguna formalidad. Este artículo sienta el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. Este principio extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes. Este principio, que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos, cobra especial relieve en el contexto de las relaciones del comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación, suelen celebrarse con gran rapidez

El art. 2.8 (1), respecto a la aceptación de la oferta dentro de un plazo fijo, la edición 1994 mencionaba el plazo fijado en un “telegrama” o una “carta”, en cambio, el art. 2.1.8 de la edición 2004 elimina tales expresiones, y señala que tal plazo empieza a contar desde el momento de expedición de la oferta.⁴⁰⁴

El art. 2.18, relativo a cláusulas que exigen que la modificación o extinción del contrato sea por escrito de la versión 1994, fue modificado por el 2.1.18 de la versión 2004, este ya no se refiere a “escrito” sino a “una forma en particular”.⁴⁰⁵

En la versión 2004 de los principios, se introdujeron nuevos comentarios a sus artículos en alusión a la rapidez de los modernos medios de comunicación, como el correo electrónico, las comunicaciones vía internet, y en general el comercio electrónico:

La libertad de forma en conexión con los medios electrónicos;⁴⁰⁶ la notificación por cualquier medio apropiado según las circunstancias, in-

y por una combinación de conversaciones, telefaxes, contratos en papel, correo electrónico y comunicaciones vía Internet”, UNIDROIT, Comentario al artículo 1.2 (Libertad de forma), *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 9.

404 “Cada vez que el oferente fija un plazo dentro del cual el destinatario debe aceptar la oferta surge el problema de cuándo dicho plazo empieza a correr. De acuerdo con este artículo, el plazo empieza a correr desde el momento en que la oferta se expide, es decir, cuando la oferta ya no se encuentra bajo la esfera de control del oferente. Por lo que respecta a cuándo la oferta ha sido enviada, se establece la presunción de que fue en la fecha indicada en la oferta. Por ejemplo, en el caso de una carta, la fecha de envío será la que se expresa en la carta; en el caso de un mensaje de correo electrónico, será el momento indicado como momento de envío por el servidor del oferente; etc. Sin embargo, la presunción admite prueba en contrario si en un determinado caso las circunstancias indicaran lo contrario. Por lo tanto, si la fecha que se muestra en la carta es anterior a la que deja impresa la máquina de fax, prevalecerá esta última. De la misma manera, si la fecha que se muestra en la carta es posterior a la entrega de la carta, quedará claro que la fecha de la carta fue escrita por error y por lo tanto no se deberá tomar en consideración”, UNIDROIT, Comentario al artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo), *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 48-9.

405 “Al celebrar un contrato por escrito, las partes pueden manifestar su deseo de que toda modificación o extinción del contrato también conste por escrito, o en alguna otra forma en particular, incorporando una cláusula especial a tal efecto (por ejemplo “toda modificación al presente contrato solamente se podrá realizar por escrito y mediante la firma de las partes contratantes”; “toda alteración al cronograma que se indica en la parte superior deberá ser confirmada por escrito por el representante del ingeniero que se encuentre en el lugar”). Este artículo establece la regla de que dicha cláusula convierte en ineficaz toda modificación o extinción del contrato que no se encuentre revestida de la forma en particular que se requiere”, UNIDROIT, Comentario al artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 66.

406 UNIDROIT, Comentario 1 al artículo 1.2 (Libertad de forma), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 9.

cluidas las comunicaciones electrónicas, y su recepción en direcciones electrónicas;⁴⁰⁷ el perfeccionamiento del contrato en la contratación automatizada;⁴⁰⁸ plazo para la aceptación de una oferta por medios electrónicos;⁴⁰⁹ aceptación dentro de un plazo fijo de una oferta por medios electrónicos.⁴¹⁰

407 "Por lo que se refiere a una notificación "apropiada de acuerdo a las circunstancias" el destinatario debe expresa o implícitamente haber aceptado recibir las comunicaciones electrónicas en la forma en que la notificación fue enviada por el remitente, es decir, del mismo tipo, con el mismo formato y a la misma dirección. El consentimiento del destinatario puede inferirse de las afirmaciones, declaraciones, o conductas o bien por las prácticas establecidas entre las partes, o por la aplicación de usos. [...] Una notificación oral "llega" a su destinatario cuando es manifestada personalmente al destinatario o a otra persona autorizada por él para recibirla. Cualquier otro tipo de notificación "llega" a su destinatario cuando le es entregada personalmente, o en su establecimiento o en su dirección postal (o electrónica). No es necesario que la notificación en cuestión llegue a manos del destinatario o sea leída por él destinatario. Es suficiente que sea puesta en manos de un empleado del destinatario que se encuentre autorizado para aceptarla, o que sea depositada en el buzón del destinatario, o sea recibida por su telefax, máquina de télex, o en el caso de comunicaciones electrónicas, que haya llegado al servidor del destinatario", UNIDROIT, Comentario 1 y 4 al artículo 1.10 (Notificación), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 29-30.

408 "3. Contratación automatizada. El texto de este artículo es lo suficientemente amplio como para incluir también los casos de la llamada contratación automatizada, es decir, cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electrónicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervención de una persona física para perfeccionar un contrato. Ejemplo: 2. "A", una planta automotriz, y "B", un proveedor de repuestos, predisponen un sistema de EDI gracias al cual, en el momento en que los inventarios de "A" caen bajo un cierto nivel, el programa automáticamente genera la orden del repuesto faltante y envía la solicitud al proveedor. El que "A" y "B" hayan acordado la implementación de dicho sistema hace que las partes queden obligadas por las órdenes y las prestaciones automatizadas, a pesar de ser generadas sin la intervención personal de "A" y de "B", UNIDROIT, Comentario al artículo 2.1.1 (Modo de perfección), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 36.

409 "En lo que se refiere a las ofertas escritas, todo depende de que el proponente haya o no indicado un término cierto para la aceptación: en el primer caso, la oferta debe ser aceptada dentro de este término, mientras que en todas las otras hipótesis la indicación de la aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo 'razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente.' Ejemplos: [...] 2. "A" envía a "B" una oferta el lunes en la mañana vía e-mail, solicitando a "B" responder "a la brevedad posible". Aunque en ocasiones precedentes "A" y "B" se habían comunicado vía e-mail, "B" acepta la oferta de "A" mediante una carta, que llega a "A" el jueves. La aceptación de "B" es tardía porque, en las circunstancias, una aceptación realizada mediante carta que llega a "A" tres días después de su e-mail no ha sido llevada a cabo "a la brevedad posible". Las ofertas orales deben ser aceptadas inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte lo contrario. Una oferta se considera verbal no solo cuando se realiza en presencia del destinatario, sino en los casos en que este puede responder inmediatamente. Este es el caso de la oferta realizada por teléfono o comunicada electrónicamente en tiempo real (por ejemplo en los 'chat rooms')", UNIDROIT, Comentario al artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 47-8.

410 UNIDROIT, Comentario al artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo), en *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* (Roma: UNIDROIT, 2004), 48.

La importancia de los Principios de UNIDROIT, con las adaptaciones hechas para el ámbito del comercio electrónico, ha sido reconocida por organizaciones internacionales como la CNUDMI, la cual, teniendo en cuenta que los Principios de UNIDROIT de 2004 complementan una serie de instrumentos internacionales de derecho mercantil, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), decidió recomendar su utilización en su 851ª sesión, celebrada el 4 de julio de 2007.⁴¹¹

Las comunicaciones electrónicas y la Convención de Viena (1980)

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, preparada por la CNUDMI, fue adoptada el 11 de abril de 1980 por una conferencia diplomática.⁴¹²

La convención se divide en cuatro partes: la parte I trata del ámbito de aplicación y las disposiciones generales. La parte II contiene las normas que rigen la formación de CISG. La parte III se refiere a los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato. La

411 “La comisión observó que los principios, cuya primera edición databa de 1994, constituían un amplio conjunto de normas sobre los contratos comerciales internacionales. También observó que la nueva edición, finalizada en 2004, contenía cinco nuevos capítulos, así como revisiones, en los que se tenía en cuenta la contratación electrónica. La comisión reconoció que los Principios UNIDROIT de 2004 complementaban una serie de instrumentos internacionales de derecho mercantil, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980). [...] En general se expresó apoyo al reconocimiento del valor de los Principios UNIDROIT de 2004. Se observó que estos Principios habían tenido amplia aceptación y se habían aplicado en una variedad de circunstancias”, CNUDMI, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones*, Asamblea General, Documentos Oficiales, Sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento 17, A/62/17-Parte I (Viena: Naciones Unidas, 2007), 57-8, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/40th.html>, consulta: 26 de mayo de 2014.

412 “1. En conformidad con la resolución 33/93 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1978, se celebró en Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980 la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2. Sesenta y dos países estuvieron representados en la Conferencia. Un Estado, un organismo especializado, otras seis organizaciones intergubernamentales y una organización no gubernamental enviaron observadores a la Conferencia. [...] 4. La conferencia aprobó un acta final (A/CONF.97/18), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/18, anexo I) y un Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CONF.97/18, anexo II)”, Naciones Unidas, *Nota del Secretario General: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (A/CN.9/183)*, <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/sessions/13th.html>, consulta: 27 de mayo de 2014.

parte IV incluye las disposiciones finales de la convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permiten hacer y la aplicación de la convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rige por el mismo o semejante derecho en esta cuestión.⁴¹³

La aceptación que ha tenido la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la ha convertido en un ícono del derecho uniforme del comercio internacional. Su impacto en la unificación del derecho se puede estimar al observar que ya ha llegado a ochenta el número de Estados parte.⁴¹⁴

No obstante, ha sido objeto de discusión si las disposiciones de la convención son compatibles con las comunicaciones electrónicas y en general con el comercio electrónico.

Cuando el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI estaba preparando la convención sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, realizó un análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, con el fin de establecer si la contratación electrónica requiere el desarrollo de nuevas normas jurídicas o si las aplicadas a los contratos tradicionales pueden responder a la necesidad de nuevas técnicas de comunicación.⁴¹⁵

La esfera internacional y personal de aplicación de la convención sobre la Compraventa fue el primer punto que estudió el grupo de trabajo. En cuanto a la internacionalidad de la operación de compraventa, con la que se exige que las partes tengan sus establecimientos en países diferentes,⁴¹⁶ requiere de ciertas precisiones tratándose de operaciones

413 Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Nueva York: Naciones Unidas, 2011), 36, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, consulta: 27 de mayo de 2014.

414 La situación actualizada de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías puede consultarse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, consulta: 27 de mayo de 2014.

415 CNUDMI, Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, *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*, 38º período de sesiones, A/CN.9/WG.IV/WP.91 (Nueva York: Naciones Unidas, 12 a 23 de marzo de 2001), http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html, consulta: 27 de mayo de 2014.

416 "El artículo 1 de la CISG enumera y describe los requisitos que deben concurrir para que un determinado contrato de compraventa pueda ser considerado como internacional y, por tanto, sometido al régimen jurídico de la Convención de Viena. [...] el mencionado artículo comienza estableciendo qué debe entenderse por contrato internacional en la Convención de Viena y,

de comercio electrónico.⁴¹⁷ En relación con quién es parte en un contrato de compraventa electrónico, se consideró que la persona (física o jurídica) en nombre de la cual está programado un ordenador, debe ser responsable en último término de los mensajes generados por la máquina.⁴¹⁸ Adicionalmente se señaló, que para efectos de los criterios de aplicabili-

para ello, exige únicamente la presencia de un elemento subjetivo: es necesario que las partes tengan sus respectivos establecimientos en Estados diferentes (art. 1.1). En consecuencia, la mera constatación de la distinta ubicación nacional de los establecimientos comerciales de las partes implicadas en la contratación es bastante para que una compraventa pueda considerarse como internacional”, Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 60.

417 “Where the parties to a contract concluded electronically clearly indicate where their relevant place of business is located, that place of business is to be taken into consideration in determining the internationality of the sales transaction, not unlike in cases where the contract is concluded by more ‘traditional’ means. [...] A clear indication of the relevant place of business also avoids any problems with respect to the recognisability of the internationality required by Art. 1(2). If the relevant place of business has not been clearly indicated by the parties before or at the conclusion of the contract, one has to wonder whether there are circumstances from which one is able to infer the location of the place of business. In this respect, it may be appropriate to consider taking into account the address from which the electronic messages are sent. Where a party uses an address linked to a domain name connected to a specific country (such as the addresses ending in ‘.at’, ‘.fr’, ‘.it’, etc.), one could argue that the place of business should be located in that country. Thus, a sales contract concluded between a party using an address ending in .at and one using an address ending in ‘.fr’ would have to be considered international. This solution would have the advantage of necessarily making the parties aware that the contract may not be a domestic one. Consequently, the CISG could not be inapplicable on the grounds that the parties were unaware of the internationality of their transaction (art. 1(2)). [...] What about the situation, however, where the address does not allow for a similar solution because it does not evidence any link to one particular country, as in those cases where an address is a top level domain such as ‘.com’, ‘.net’, etc.? One could argue that the contract is always international; this could be justified by the fact that the use of an address which is not linked to any particular country is presumably due to the fact that the party does not want to be located in any specific country or may want to be accessible universally. As far as art. 1(2) CISG is concerned, this approach would not cause any problems, since one could argue that anybody contracting electronically with a party having such an address could not be unaware of the fact that it is contracting ‘internationally.’” Ferrari Franco, “Brief Remarks on Electronic Contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2002), 289-304.

418 “However, this approach, while logical, is not entirely without difficulty. What happens when there are bugs in the server causing errors in the computer’s behaviour? Clearly the computer’s behaviour is not a true reflection of the intention of the human principal. Similarly, a customer placing an order via a website could ‘add’ additional terms to the order, if there were any ‘free-text’ boxes in the standard order form, but the order would be automatically accepted and processed by the server, without the human principal ever scrutinising the additional terms. Can an intention to be bound by the additional terms be attributed to the principal? These issues probably fall to be determined under the law of agency. Agency issues are not covered by the CISG and must therefore be determined on the basis of applicable domestic law concepts. As a result, the CISG fails to provide a uniform solution in this situation”. Jacqueline Mowbray, “The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2003): 121-50.

dad de la convención, no parece que los contratos celebrados en forma electrónica deban ser tratados de modo diferente que los celebrados por cualquier otro medio.⁴¹⁹

El segundo punto incluido en el análisis, fue la esfera sustantiva de aplicación. El grupo de trabajo inicia con el concepto de mercancías, resalta que sigue abierta la cuestión de si la convención abarca lo que se define a veces como “mercancías virtuales” y que podría caer también en una definición de “servicios”. La venta de programas puede entrar en la esfera sustantiva de aplicación de la convención, aunque los programas no sean un bien corporal, en la medida en que no sean personalizados o, incluso si se trata de programas normalizados, en la medida en que no están ampliamente modificados para satisfacer las necesidades particulares del comprador, ya que en este tipo de casos (de modo parecido a la venta de libros o discos), la actividad intelectual está incorporada en bienes materiales.⁴²⁰ Se incluye igualmente en este punto el concepto de contrato de compraventa, para determinar que las operaciones en “mercancías virtuales” no entran en la definición de contrato de compraventa, puesto que se efectúan en forma de licencias y no de compraventas.⁴²¹ Respecto de la exclusión de la convención cuando el destino de la compraventa sea para el consumo,

419 “In order to determine the applicability of the CISG, it is therefore necessary to determine the places of business of the parties. This can raise particular problems in the context of e-commerce, in which orders can be placed, received and processed in ‘cyberspace’, with little connection to a particular location. It is possible for individuals or companies to do business entirely online without an established ‘place of business’ in the traditional sense. In the absence of such a traditional ‘place of business’, it can be difficult to establish the place of business of a party for the purposes of the CISG. For example, imagine a buyer places an order for software online, via a website. The domain name, or website address, may end in ‘.au’, which indicates that the domain name is registered in Australia. However, the server which hosts the website and which initially receives the order may be located in New Zealand. The particular software delivered to the buyer may be transmitted from an employee of the seller who is resident in Hong Kong. Where is the seller’s place of business for the purposes of this contract? While different approaches can be adopted, in the absence of a definition of ‘place of business’ specifically applicable to e-commerce situations, the answer is unclear”, *ibid.*

420 “[...] la doctrina defiende generalmente la aplicabilidad del régimen jurídico uniforme a los contratos internacionales de adquisición del *software* [...] Algunos autores consideran que el *software* es un bien mueble corporal en el sentido de la Convención, principalmente porque el resultado de la actividad intelectual queda incorporada a un elemento tangible y mueble. Otros, a pesar de que reconocen que el *software* es un bien incorporeal, sostienen que está regulado por la Convención en tanto y en cuanto los bienes intangibles no se encuentran excluidos de su ámbito de aplicación. Es decir, el concepto de mercaderías no exige que las cosas vendidas sean necesariamente corporales, bastando con que sean muebles”, Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 472.

421 “Ultimately, although it is possible to develop arguments as to why software licence agreements should be covered by the CISG, there is a definite possibility that a court asked to determine the issue will find that they are not. This is particularly the case given the trend on the part of software manufacturers to use licence agreements to limit the way in which customers may

no habría diferencia alguna si la contratación se efectúa electrónicamente y no por medios más tradicionales.

La forma, fue el tercer punto, se afirmó que el intercambio de mensajes de correo electrónico bastaría para perfeccionar un contrato conforme a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.⁴²² Las formas electrónicas de comunicación (como las consideradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico) deben considerarse también “escrituras” conforme a la convención. La cuestión no está expresamente resuelta en la convención, pero conforme al art. 7, debe resolverse de conformidad con sus principios generales, a saber, el de informalidad que permite una interpretación extensiva del art. 13.⁴²³

Finalmente, se abordaron las cuestiones sustantivas, como la formación del contrato y la eficacia de las comunicaciones hechas. Se planteó que no hay diferencia según la forma de comunicación que se utilice, no hay más problemas intrínsecos a las formas electrónicas de comunicación que a otras formas de comunicación. La cuestión es solo la de definir la “recepción” y el “envío” del mensaje electrónico, para lo cual se sugirió recurrir a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Para los fines de determinar cuándo empieza a correr el plazo de aceptación,

use software. The use of increasingly restrictive conditions in licence agreements suggests that the customer merely acquires limited rights in the software and that the transaction cannot truly be described as a ‘sale’”, Mowbray, 121-50.

422 “The Convention introduces two specific ancillary principles intended to enhance the operation of a general principle already stated in article 11 of the CISG, the freedom of form. In the context of the ECC, the freedom of form is a well-stated principle not only in its general terms (“[n]othing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form”), but also in two other, more specific, terms (the principles of functional equivalence and technological neutrality). Although these principles have already been included in other domestic and international texts, the Convention specifically takes them in the context of the CISG. While there has been little doubt among the commentators as to whether electronic communications were “writings” for purposes of the CISG, the real challenge concerns the legal effects of the electronic communications”, Mazzotta, Francesco G. “Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and its effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Rutgers Computer & Technology Law Journal* (2007), 251-98.

423 “The point of departure of the CISG in regard to formalities is that no formalities are required. International sales contracts can therefore be concluded in any manner seen fit by the parties, including any of the newer communications applications mentioned above. However, where parties are using other forms of communication, they must be wary of their own standard terms which often contain clauses subjecting them to these formalities. In these cases it must either be agreed between the parties that electronic communications will be regarded as writing and that the alternative prescribed authentication procedures will be recognized as ‘signatures.’ This can easily be done in the standard contracts or in the interchange agreement between the parties”, Siegfried Eiselen, “E-Commerce and the CISG: Formation, Formalities and Validity”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2002): 305-318.

debe decidirse si el mensaje electrónico ha de compararse más bien con un medio de comunicación instantáneo que con una carta o un telegrama.⁴²⁴

El Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, concluyó en el citado análisis, que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa es, en términos generales, adecuada no solo para los contratos celebrados por medios tradicionales sino también para los celebrados electrónicamente. Las normas enunciadas en la convención parecen ofrecer soluciones viables igualmente en un entorno electrónico. Algunas de estas normas, como las relativas a la eficacia de la comunicación, puede que tengan que ser adaptadas a un contexto electrónico. En la cuestión de la aplicabilidad de la convención a los contratos celebrados electrónicamente debe distinguirse si la convención también abarca la compraventa de “mercancías virtuales”. Puede parecer que las operaciones en este tipo de bienes (o servicios) no sean compraventas, sino más bien acuerdos de licencia.⁴²⁵

Algunos autores sostienen, que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa de Mercancías y sus principios subyacentes son lo suficientemente robustos y flexibles para hacer frente a los cambios y retos que plantean las nuevas formas de comunicación.⁴²⁶ Las áreas en las que se ha mostrado que el enfoque o la solución utilizada en la convención pudieran ser problemáticos, no se derivan de la utilización de formas modernas de comunicación, sino que son las deficiencias estructurales o conceptuales que existían desde el principio y son aplicables a todas las formas de comunicación. La adopción de las leyes modelo o leyes similares por las legislaciones nacionales para hacer frente al comercio electrónico

424 “Determining when and where electronic communications are ‘sent’ and ‘received’, and whether such communications are ‘instantaneous’, is problematic. It is true that the Model Law provides guidance in this area, however, it does not fully address all the issues which may arise when seeking to apply the CISG to electronic communications”, Mowbray, Jacqueline, 121-50.

425 CNUDMI, Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico, *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*, 38º período de sesiones, A/CN.9/WG.IV/WP.91 (Nueva York: Naciones Unidas, 12 a 23 de marzo de 2001), 17, http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html, consulta: 27 de mayo de 2014.

426 “In summary, it can be seen that the CISG, while twenty-five years old and, of course, not directly dealing with modern means of communication, has not become outdated by the massive changes that have shaped the landscape of today’s means of communication. The CISG itself provides a flexible framework of provisions for the conclusion of contracts by any form of communication and can be interpreted, without resorting to farfetched explanations, to include classic forms of communication as well as electronic media. It can therefore be assumed that the CISG will be able to adapt to future changes just as well”, Hahnkamper, Wolfgang, “Acceptance of Offer in Light of Electronic Communications”, *Journal of Law and Commerce*, n.º 1 (Fall 2005 / Spring 2006): 147-51.

hará avanzar aún más las disposiciones de la convención sin que sea necesario hacerle enmiendas.⁴²⁷

Otros, afirman que la Convención sobre Compraventa de Mercancías no se adapta bien a la regulación de los contratos de venta electrónicos, que la aplicación de muchas de sus disposiciones a los contratos electrónicos es problemática.⁴²⁸ Es claro que la convención no se aplicará a las ventas de comercio electrónico para los consumidores, pero es muy dudoso que se aplique a los contratos de licencia de *software*, ventas de *software* a medida y las ventas electrónicas de *software*. Además, existen importantes dificultades para determinar el establecimiento de las partes o el lugar de celebración del contrato, a los efectos de determinar la aplicabilidad de la convención.⁴²⁹

Buena parte de estas dudas se resolvieron cuando en el año 2005 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, que extiende su aplicación al empleo de comunicaciones electrónicas en la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable algunos instrumentos internacionales (art. 20), entre los que se incluyó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980).⁴³⁰

La convención sobre comunicaciones electrónicas, adoptó un concepto sobre establecimiento en el ámbito del comercio electrónico y definió reglas

427 Siegfried Eiselen, “E-Commerce and the CISG: Formation, Formalities and Validity”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2002): 305-318, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen6.html>, consulta: 27 de mayo de 2014.

428 “La CISG es un texto legal uniforme que responde razonablemente bien a los problemas que plantea una compraventa internacional que contempla la entrega física de la mercadería pero, desgraciadamente, no ha previsto de forma adecuada el fenómeno de la contratación electrónica. [...] la propia especificidad de la regulación creada por UNCITRAL garantiza una resolución de los problemas mucho más ajustada y adecuada a la naturaleza del supuesto que la que podría ofrecer el Convenio de Viena de 1980. Por ello, creemos que también sería razonable acudir al régimen normativo del comercio electrónico”, Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 484-5.

429 Mowbray, 121-50.

430 “La CNUDMI espera que la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas resulte útil a los Estados para facilitar el funcionamiento de otros instrumentos internacionales, particularmente los relacionados con el comercio. En el artículo 20 se trata de ofrecer una posible solución común para algunos de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio electrónico en los instrumentos internacionales existentes, de forma que se evite la necesidad de enmendar los distintos tratados internacionales”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 19, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013.

sobre la ubicación de las partes, los cuales son determinantes para la aplicación de la Convención sobre Compraventa de Mercancías.

Según la convención sobre comunicaciones electrónicas, se entenderá todo lugar donde una parte mantiene un centro de operaciones no temporal para realizar una actividad económica distinta del suministro transitorio de bienes o servicios desde determinado lugar (art. 4, lit. h).⁴³¹ En cuanto a la ubicación de las partes, se presume que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado; de no indicarlo o de tener varios, su establecimiento será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente. En ausencia de establecimiento, se tendrá en cuenta el lugar de residencia habitual (art. 6, num. 1-3).⁴³² Se dejó claro en la convención que un lugar no constituye un establecimiento por el hecho de que sea el lugar donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información (art. 6, num. 4). Adicionalmente, determinó que el hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país (art. 6, num. 5).⁴³³

431 “Queda claro que la convención ha construido de una manera sensata el concepto de ‘establecimiento’, recurriendo, para garantizar su máxima aceptación, a los clásicos atributos que distinguen al mismo. Ahora bien, el hecho de que los contratos sometidos a la CUECIC se realicen por medios electrónicos, ¿no debería condicionar en cierto modo la concepción de ‘establecimiento’? Efectivamente, las empresas que trabajan en el mercado virtual transfronterizo otorgan a la tecnología y al equipo empleados un valor cada vez mayor, siendo considerados como bienes esenciales y principal activo de las mismas. Incluso, en el entorno electrónico han surgido las llamadas ‘empresas virtuales’, basadas, por ejemplo, en el empleo de web sites interactivas completamente automatizadas, cuyos establecimientos (virtual place) difícilmente cumplen las características del artículo 4 h) CUECIC”, Oliva Blázquez, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”, 54.

432 “La Convención sobre Comunicaciones Electrónicas contiene una serie de reglas que regulan la ubicación de las partes. La Convención no prevé la obligación de las partes de dar a conocer sus establecimientos, pero prevé ciertas presunciones y reglas supletorias encaminadas a facilitar la determinación de la ubicación de una parte. La Convención otorga una importancia primordial, aunque no absoluta, al lugar donde una parte indica que tiene su establecimiento”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 17, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013.

433 “La convención adopta un criterio prudente en lo que se refiere a la información periférica relacionada con mensajes electrónicos, tales como las direcciones IP (Protocolo de Internet), los nombres de dominio o las ubicaciones geográficas de sistemas informáticos, los cuales, a pesar de su aparente objetividad, apenas tienen valor concluyente para determinar la ubicación física de las partes”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI*

La convención sobre comunicaciones electrónicas, precisó otro aspecto dudoso en la Convención sobre Compraventa de Mercancías, el equivalente funcional de “escrito” para las comunicaciones electrónicas, y siguiendo lo dispuesto por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (art. 6), señaló que se cumple ese requisito cuando la información consignada en su texto sea accesible para su ulterior consulta (art. 9, num. 2).⁴³⁴

A efectos de aplicar las disposiciones de la Convención sobre Compraventa de Mercancías, también era trascendental definir tanto el momento como el lugar de recepción y el envío del mensaje electrónico. La convención sobre comunicaciones electrónicas estipuló que el momento en que se considerará EXPEDIDA/ENVIADA una comunicación electrónica será cuando salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador, de no estar bajo el control del iniciador, cuando se reciba.⁴³⁵ Se tendrá por RECIBIDA

sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005 (Nueva York, 2007), 17, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013.

434 “La finalidad del párrafo 2 del artículo 9 no es establecer el requisito de que, en todos los casos, las comunicaciones electrónicas cumplan todas las funciones concebibles de un ‘escrito’. En vez de centrarse en las funciones específicas que un ‘escrito’ puede desempeñar en un determinado contexto, el artículo 9 se basa en el concepto básico de que la información pueda ser reproducida y leída. Este concepto se enuncia en el artículo 9 de un modo que se consideró que establecía un criterio objetivo, a saber, que la información consignada en una comunicación electrónica tenía que ser accesible para su ulterior consulta. Con la palabra ‘accesible’ se intenta dar a entender que la información consignada en forma de datos informáticos debe ser legible e interpretable y que deben conservarse los programas informáticos que sean necesarios para dar legibilidad a tal información. En la versión inglesa, la palabra ‘usable’ pretende abarcar tanto el uso humano como el procesamiento electrónico. Se prefirieron las palabras ‘ulterior consulta’ a conceptos como el ‘carácter duradero’ o la ‘inalterabilidad’, que habrían establecido pautas excesivamente estrictas, así como a conceptos como los de ‘legibilidad’ o ‘inteligibilidad’, que podrían constituir criterios demasiados subjetivos”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 57, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013.

435 “El criterio empleado para determinar la expedición es por lo tanto el del momento en que la comunicación deja de estar bajo el control real del iniciador por haber salido de un sistema de información dirigido o dominado por él mismo o por la persona que la envía en su nombre. La solución de la convención es aparentemente diferente de la que ofrece la LMCE, en tanto que esta establece que “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” (art. 15.1 LMCE). Es cierto que desde un punto de vista empírico la diferencia temporal entre ambos criterios es mínima, pero puede sorprender que la propia UNCITRAL haya cambiado de opinión al haber sustituido el criterio de la entrada de la comunicación electrónica en un sistema de información no controlado por el iniciador por el de la salida de un sistema de información controlado por el iniciador. No obstante, se consideró que esta segunda opción se ajustaba más al concepto de envío o expedición en el entorno de las comunicaciones no electrónicas [...]”. Oliva Blázquez, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”, 54.

cuando pueda ser recuperada por el destinatario en la dirección electrónica que haya designado. En otra dirección electrónica, cuando pueda ser recuperada en esa dirección electrónica y tenga conocimiento de ello el destinatario. Se presumirá que puede ser recuperada por el destinatario cuando llegue a su dirección electrónica. El LUGAR en que se considera expedida y recibida, será el del establecimiento del iniciador o del destinatario (art. 10).⁴³⁶

Como el objetivo primordial de la convención sobre comunicaciones electrónicas es facilitar el comercio internacional eliminando los posibles obstáculos jurídicos o la incertidumbre en la utilización de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de contratos celebrados entre partes situadas en distintos países, no reguló cuestiones de derecho sustantivo relacionadas con la formación de los contratos o los derechos y obligaciones de las partes en un contrato celebrado por medios electrónicos.⁴³⁷

Quedó pendiente de resolver la inquietud que se presenta en la aplicación de la convención sobre compraventa de mercancías en el contexto del comercio electrónico, si esta abarca las llamadas “mercancías virtuales” o es exclusiva de bienes muebles y corporales.

436 “Al igual que el artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas contiene una serie de reglas supletorias sobre el tiempo y el lugar de envío y recepción de comunicaciones electrónicas, cuya finalidad es complementar las reglas nacionales sobre envío y recepción transponiéndolas a un contexto electrónico. Las diferencias de enunciado entre el artículo 10 de la convención y el artículo 15 de la ley modelo no pretenden que el resultado sea diferente en la práctica; en realidad, esas diferencias están encaminadas a facilitar el funcionamiento de la convención en los diversos ordenamientos jurídicos mediante la armonización de la formulación de las reglas pertinentes con los elementos generales comúnmente utilizados para definir el envío y la recepción en el derecho interno de los Estados”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 18, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013.

437 “En general, los contratos internacionales se rigen por el derecho interno, con la salvedad de los escasos tipos de contratos a los que se aplica un derecho uniforme, como los contratos de compraventa, que entran en el ámbito de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Por lo tanto, al preparar la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, la CNUDMI tuvo presente la necesidad de evitar que hubiera dos regímenes para la formación de contratos: el régimen uniforme de los contratos electrónicos de la nueva Convención, y un régimen diferente, no armonizado, que rigiera la formación de contratos por cualquier otro medio”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales 2005* (Nueva York, 2007), 31, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf, consulta: 5 de diciembre de 2013. “En cualquier caso, debe aclararse desde un principio que la convención, finalmente, no regula la cuestión de la formación de los contratos electrónicos transfronterizos, la cual queda remitida al régimen jurídico aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado o, en caso de tratarse de una compraventa internacional, a la CISG”, Oliva Blázquez, “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales”, 54.

En líneas generales, la doctrina es favorable a la consideración del *software* como mercadería en el ámbito de la convención, cuando (similar a lo que sucede en la venta de libros o discos) la actividad intelectual está incorporada en bienes materiales. En algunos supuestos, los contratos de licencia de *software*, podrían estar sometidos a la Convención sobre Compraventa de Mercaderías, entre otros aspectos, si el acuerdo de licencia es perpetuo o contiene un término indefinido, si se fija un término para que el título sobre la copia del *software* pase al usuario, cuando las licencias de uso han sido redactadas impropia e inadecuadamente, y cuando los actos del cedente sean contrarios o inconsistentes con el contenido de la licencia. A las transferencias electrónicas de *software* también les sería aplicable la Convención sobre Compraventa de Mercancías, puesto que el medio utilizado en la operación no hace perder la naturaleza del bien objeto de la transacción. Finalmente, en cuanto al *software* a medida o personalizado, solo quedará excluido de la convención cuando el contratante que lo encarga aporta una parte sustancial de las mercaderías, independientemente de que los servicios prestados por el fabricante sean superiores.⁴³⁸

Lex electrónica

Todo el entramado de disposiciones elaboradas, especialmente para el ámbito del Comercio Electrónico, tales como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas (2001), la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), los *E-Terms* y la Guía para la contratación electrónica de la CCI (2004), los Principios de UNIDROIT adaptados al comercio electrónico (2004), constituye el derecho uniforme del comercio electrónico. Así como el derecho uniforme del comercio internacional es identificado, en una acepción amplia, con la nueva *lex mercatoria*,⁴³⁹ a su vez, el

438 Oliva Blázquez, *Compraventa internacional de mercaderías*, 466-95.

439 La *lex mercatoria*, tanto en sentido restrictivo como amplio, es formulada por Illescas y Perales en los siguientes términos: “[...] no puede afirmarse actualmente y de modo categórico la autonomía del sistema. Ni siquiera se puede predicar la misma de la *Lex mercatoria* entendida en su sentido más restrictivo, integrada tan solo por los usos internacionales y su periferia y aplicada en modo exclusivo por árbitros. Obviamente dicha afirmación cabe menos aún ser realizada respecto de la acepción amplia de la *lex mercatoria*: en esta, [...] tienen cabida, junto con los usos comerciales y sus subrogados, el Derecho estatal convencional que gobierna mediante fórmulas uniformes los aspectos jurídicos privados del comercio internacional y los principios del derecho mercantil internacional; mucho más restringidamente la jurisprudencia arbitral”, Illescas y Perales, *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, 70.

derecho uniforme del comercio electrónico se lo asimila al concepto de *lex electrónica*.⁴⁴⁰

En la *lex electrónica*, entendida en sentido amplio, se agrupan normas sin importar su origen, algunas de fuente estatal, otras de producción autónoma desarrolladas por la sociedad mundial de comerciantes. Su común denominador es el objeto que se pretende normalizar, las relaciones comerciales que trascienden fronteras estructuradas por medios electrónicos. Característica particular, es su pretendida uniformidad a nivel mundial.⁴⁴¹ *Lex electrónica*, en estricto sentido, es el conjunto de reglas de derecho transnacionales y usos del comercio aplicables a las transacciones de comercio electrónico transfronterizo, creados por y para los participantes en el comercio electrónico transfronterizo y aplicadas por los árbitros para resolver los conflictos sobre la base de la intención de las partes y los análisis de derecho comparado funcional teniendo en cuenta el estado actual de la situación en el comercio electrónico.⁴⁴²

La *lex electrónica*, en tanto derecho creado por y para comerciantes, está conformada exclusivamente por normas como los *E-Terms*, los contratos

440 Según Trudel, la *lex electrónica*, representa el conjunto de normas destinadas a regular las actividades que tienen lugar en el ciberespacio. *Lex electrónica* es como un conjunto comparable a *Lex Mercatoria* que rigen ciertas relaciones entre los comerciantes en las transacciones internacionales. Divide en dos las fuentes de la *lex electrónica*: 1. Fuentes sustanciales, conformadas por la arquitectura técnica, las prácticas contractuales y los usos. 2. Fuentes institucionales, integradas por los textos internacionales como los tratados, textos modelo como las leyes modelo y los modelos de autorregulación, los organismos de normalización, y las estructuras de resolución de conflictos en el ciberespacio. Pierre Trudel, "La Lex Electronica", en *Le droit saisi par la mondialisation*, dir. Charles-Albert Morand (Bruselas: Ediciones Bruylant, 2001), 221-68.

441 *Ibid.*

442 "[...] the term *lex informática* encapsulates an expansive concept that has a mixed substantive and methodological content. It covers all sector-specific variations and encompasses both the body of transnational substantive rules of e-business law and e-business usages, and the method of their application for the resolution of e-disputes by arbitration. [...] It is the product of private decentralised law-making emerging mainly from the discourses of actors in cross-border e-business transactions and from information technology networks, and not from the political centres of nation-states and international institutions. *Lex informática* is an expansive concept encompassing several specific variations depending on the e-business sector it derives from and to which it applies", Antonis Patrikios, "Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the *Lex Informatica*", en *Globalisation and Harmonisation in Technology Law* (Malta: British & Irish Law, Education and Technology Association, April 2006), 4-6, <http://www.bileta.ac.uk/content/files/conference%20papers/2006/The%20Emergence%20of%20the%20Lex%20Informatica.pdf>, consulta: 29 de mayo de 2004. "Así como hay una *lex mercatoria*, habría una '*lex informática*', autorreferente, adaptada a las necesidades específicas del medio. La costumbre y algunos códigos de ética o de conducta serían suficientes, porque lo que en realidad funcionaría sería el código técnico, que mediante sucesivas innovaciones permitiría ir solucionando los conflictos que vayan surgiendo en Internet", Ricardo Lorenzetti, *Comercio electrónico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), 39.

tipo, las reglas creadas por la CCI; en general, las normas erigidas por los empresarios para resolver sus propios problemas. Quedan excluidas todas aquellas reglas originadas por los Estados o por organizaciones estatales internacionales como las Naciones Unidas y, en particular, la CNUDMI.⁴⁴³

443 “[...] la *lex electrónica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio solo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla. Por lo que los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue confluído por internet y es de ejecución enteramente virtual. Además, las partes deben indicar reglas precisas y constantes de la *lex electrónica* que desean incorporar al contrato, ya que la referencia a la *lex electrónica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que les indican un Derecho estatal del cual desprender una regulación concreta. Por otra parte, la *lex electrónica* no es supranacional y, como cualquier otro sistema jurídico que es extranjero al foro, puede ser derogado por las normas de policía del juez y posiblemente de algún otro derecho vinculado al caso, y por el orden público”, Mario J. A. Oyarzábal, “La *lex electrónica*: ¿un *common law* de la internet?”, en *DeCITA derecho del comercio internacional* (Buenos Aires: 2005), 367-8.

Capítulo 4

LAS LEYES MODELO DE LA CNUDMI Y EL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA COMUNIDAD ANDINA

El derecho del comercio electrónico en la Comunidad Andina

La Comunidad Andina fue establecida en 1969, con el propósito de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social.⁴⁴⁴

Los mecanismos que se concretaron para lograr los objetivos del acuerdo fueron: la profundización de la integración; la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial; un programa de liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;⁴⁴⁵ un arancel externo común; programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial; la canalización de recursos internos y externos a la subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración; programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios; la integración física; y tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y el Ecuador.⁴⁴⁶

444 Comunidad Andina, *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena), art. 1, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, consulta: 6 de octubre de 2014.

445 El Acuerdo de Integración Subregional Andino ha sido objeto de múltiples modificaciones, de ahí la constante adaptación de su codificación: Decisión 117 (17 de febrero de 1977), Decisión 147 (7 de septiembre de 1979), Decisión 236 (15 de julio de 1988), Decisión 406 (25 de junio de 1997), y Decisión 563 (25 de junio de 2003).

446 Comunidad Andina, *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena), art. 3, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, consulta: 6 de octubre de 2014. Los Principios Orientadores y la Agenda Estratégica Andina aprobados en la Trigésima primera reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en forma Ampliada con

En la actualidad hacen parte de la Comunidad Andina: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.⁴⁴⁷

Los siguientes órganos e instituciones conforman el Sistema Andino de Integración: Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión de la Comunidad Andina, Secretaría General de la Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Parlamento Andino, Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Corporación Andina de Fomento, Fondo Latinoamericano de Reservas, Convenio Simón Rodríguez, Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo, Universidad Andina Simón Bolívar, Consejos Consultivos que establezca la Comisión, y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.⁴⁴⁸

los Representantes Titulares ante la Comisión (Lima, Perú, 5 de febrero de 2010), definieron los recientes derroteros de los países de la Comunidad Andina. Tales Principios Orientadores son: Asumir con realismo y oportunidad histórica las virtudes y límites del proceso andino de integración; preservar el patrimonio común andino, consolidando los logros alcanzados en cuarenta años de integración; respetar la diversidad de enfoques y visiones que constituyen el fundamento de la coexistencia comunitaria; impulsar el desarrollo del mercado y del comercio andinos desarrollando nuevas oportunidades de inclusión económica y solidaridad social; avanzar en la reducción de las asimetrías al interior de los Países miembros mediante iniciativas que impulsen el desarrollo económico y social; desarrollar el carácter integral del proceso de integración; profundizar la integración física y fronteriza entre los Países Miembros; promover los aspectos amazónicos en el proceso de integración andino; promover la participación de la ciudadanía en el proceso de integración; valorar y asumir la unidad en la diversidad cultural; potenciar sosteniblemente los recursos de la biodiversidad de los Países Miembros; fortalecer la institucionalidad del Sistema Andino de Integración para mejorar su coordinación y eficiencia; fortalecer la cooperación regional en temas de seguridad; fortalecer la política exterior común; y generar mecanismos prácticos de articulación y convergencia entre procesos de integración. Por su parte, la Agenda Estratégica Andina está enmarcada en: Participación de los ciudadanos andinos por la integración; Política Exterior Común; integración comercial y complementación económica, promoción de la producción, el comercio y el consumo sostenibles; integración física y desarrollo de fronteras; desarrollo social; medio ambiente; turismo; seguridad; cultura; cooperación; integración energética y recursos naturales; y desarrollo institucional de la Comunidad Andina. Comunidad Andina, *Principios Orientadores y Agenda Estratégica Andina*, documento aprobado por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en forma ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina (5 de febrero de 2010), http://www.comunidadandina.org/documentos/actas/Agenda_Estrategica2010.pdf, consulta: 20 de octubre de 2014.

447 El proceso andino de integración, llamado en sus orígenes, “Pacto Andino”, “Grupo Andino” o “Acuerdo de Cartagena”, inició con cinco países sudamericanos (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú). El 13 de febrero de 1973, Venezuela se adhirió al Acuerdo, retirándose en el año 2006. El 30 de octubre de 1976, Chile se retiró de él. Para mayor información sobre los aspectos históricos de la Comunidad Andina ver <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU&title=resena-historica>, consulta: 6 de octubre de 2014.

448 Comunidad Andina, *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena), art. 6, <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, consulta: 6 de octubre de 2014.

Tanto el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores,⁴⁴⁹ como la Comisión de la CAN⁴⁵⁰ emiten decisiones, las que forman parte del ordenamiento jurídico de la CAN,⁴⁵¹ obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas y son directamente aplicables a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

El derecho comunitario tiene cuando menos tres categorías jurídicas. La primera de ellas, las normas convencionales, en virtud de las cuales se establecen los acuerdos integradores. En el caso de la CAN, el Acuerdo de Cartagena y los numerosos protocolos modificatorios, en los cuales se incorporan todas las modificaciones acordadas por los Estados miembros. La segunda categoría corresponde a las normas que regulan la organización interna de los mecanismos integradores. Dentro de esta categoría se incluyen tanto las disposiciones contenidas en los tratados como las reglamentaciones que de ellos se derivan. El objetivo fundamental de tales normas es regular la actividad interna, incluyendo el funcionamiento de los órganos que tienen a su cargo la aplicación, la supervisión del cumplimiento y la conducción del proceso integrador. Finalmente, la tercera categoría de normas son las que se consideran como de derecho derivado. Es decir, aquel que es aprobado por las instituciones regionales para ser aplicado de manera directa e inmediata por los Estados miembros.⁴⁵²

449 Artículo 17.- “El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresará mediante Declaraciones y Decisiones, adoptadas por consenso. Estas últimas forman parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, Comunidad Andina, *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena), <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, consulta: 6 de octubre de 2014.

450 Artículo 21.- “La comisión de la Comunidad Andina está constituida por un representante plenipotenciario de cada uno de los gobiernos de los países miembros. Cada gobierno acreditará un representante titular y un alterno. La Comisión expresará su voluntad mediante Decisiones”, Comunidad Andina, *Acuerdo de Integración Subregional Andino* (Acuerdo de Cartagena), <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>, consulta: 6 de octubre de 2014.

451 Artículo 1.- “El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”, Comunidad Andina, *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina>, consulta: 6 de octubre de 2014.

452 Ignacio Basombrio, “Integración andina: Instituciones y derecho comunitario”: 27, <http://www.cepal.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/BASOMBRIO-INTEGRACION%20ANDINA-INSTITUCIONES%20Y%20DERECHO.pdf>, consulta: 20 de octubre de 2014.

El efecto directo,⁴⁵³ la aplicación inmediata⁴⁵⁴ y la supremacía del derecho Comunitario Andino,⁴⁵⁵ son características del ordenamiento jurídico de la CAN.

A pesar de ser la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes un mecanismo o medida para alcanzar los objetivos del Acuerdo, y de la diversidad de temas que abarca la normatividad comunitaria andina (entre otros, aduanas, comercio de bienes, comercio de servicios, defensa comercial, defensa del consumidor, libre competencia, inversiones, empresas multinacionales andinas, normas de origen, propiedad intelectual, telecomunicaciones y transportes), no existe una regulación común sobre comercio electrónico.⁴⁵⁶

453 “Por la naturaleza misma de la norma comunitaria, esta debe ser aplicable directamente en el territorio de todos los Estados que componen el proceso de integración andino sin que sea necesario seguir un procedimiento o trámite especial de aprobación, recepción o incorporación de estas en los ordenamientos jurídicos nacionales”, Fabián Novak Talavera, *Derecho Comunitario Andino* (Lima: PUCP, 2003), 68. El efecto directo de las normas que integran el derecho comunitario andino fue consagrado en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. [...]”, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina>, consulta: 6 de octubre de 2014.

454 “[...] la vigencia de las normas comunitarias es inmediata, en tanto que basta la aprobación de la decisión o la publicación de la resolución para que estas puedan regir al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales”, Novak Talavera, *Derecho Comunitario Andino*, 78. La aplicación inmediata de las normas del derecho comunitario andino fue consagrada en el artículo 2 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Las Decisiones obligan a los Países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina>, consulta: 6 de octubre de 2014.

455 “Ello implica la suspensión mas no la derogación de la norma interna opuesta para dar paso a la aplicación de la norma comunitaria y, asimismo, abre la posibilidad de emplear los procedimientos internos de anulación de aquellas disposiciones nacionales que traben su cumplimiento”, Novak Talavera, *Derecho Comunitario Andino*, 72. “La supremacía del Derecho Comunitario Andino tiene fundamento en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: Los Países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”, <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=29&tipo=SA&title=tribun-al-de-justicia-de-la-comunidad-andina>, consulta: 8 de octubre de 2014.

456 www.comunidadandina.org/index.aspx, consulta: 8 de octubre de 2014. “La CAN creada por medio del Acuerdo de Cartagena en 1969, tuvo hacia la década del noventa del siglo pasado, una etapa de crecimiento, expansión y profundización del proceso de integración, especialmente, creando un ordenamiento jurídico comunitario de gran importancia. Sin embargo, dada las diferencias ideológicas, políticas y económicas que hoy existen entre los gobiernos de los

Si bien la Comunidad Andina no ha normado el comercio electrónico de manera directa, sí ha emitido diversas decisiones para la armonización regional que impactan en el desarrollo del comercio electrónico, ello ocurre con las siguientes: Decisión 351 de 1993 —régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos—, Decisión 462 de 1999 —normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la CAN—, Decisión 486 de 2000 —régimen común de propiedad industrial—, Decisión 571 de 2003 —valor en aduana de las mercancías importadas—, y Decisión 638 de 2006 —lineamientos para la protección al usuario de telecomunicaciones de la CAN—. ⁴⁵⁷

La regulación comunitaria de ciertos aspectos relacionados con el comercio electrónico, como la propiedad intelectual y los servicios de telecomunicaciones, es insuficiente para su desarrollo progresivo, ya que, sin desconocer la ventaja que representa para los partícipes en el mercado electrónico intracomunitario tener reglas comunes en algunas áreas, tales avances se pueden ver frustrados al no ser adaptados a las necesidades propias de este tipo especial de comercio.

La ausencia de regulación comunitaria en materia de comercio electrónico se convierte en obstáculo para el crecimiento del mercado común. ⁴⁵⁸ Un marco legal básico que promueva y facilite el desarrollo del comercio electrónico, es una necesidad que ha sido identificada por instituciones comunitarias andinas como el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL).

Países miembros, que culminaron con el retiro de Venezuela, se encuentra en una situación de estancamiento y no ha vuelto a hacer uso de su capacidad normativa”, Manuel José Cárdenas, *Armonización del derecho informático en América Latina: Del mito a la realidad* (Bogotá: Corporación Colombia Digital, 2012), 7.

457 “En virtud del Acuerdo de Integración Subregional Andino, ‘Acuerdo de Cartagena’, el Protocolo modificador del Acuerdo de Cartagena, así como del Protocolo de Sucre, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú establecieron un pacto para alcanzar un desarrollo más acelerado, equilibrado y autónomo, para esa sub-región y han emitido diversas Decisiones para la armonización regional que impactan en el desarrollo del comercio electrónico [...]” Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, *Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina* (Nueva York: Naciones Unidas, 2009), 32.

458 “No queda duda que el propósito para conformar un mercado común en la Comunidad Andina en el año 2005 está estrechamente vinculado al correcto funcionamiento del mercado interior y, especialmente, a la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre los Países Miembros. [...] apenas el 2 % de la población andina tiene Internet, falta una cultura sobre su uso, las políticas gubernamentales no son adecuadas, los costos de conexión a Internet son elevados, la infraestructura tecnológica es inadecuada y existe inseguridad jurídica. [...] la Comunidad Andina debe iniciar un proceso para ir eliminando gradualmente los obstáculos políticos, técnicos y jurídicos que se oponen al mercado interior de servicios de la sociedad de la información [...]” Manuel José Cárdenas Zorro, “E-comercio andino”, *Portafolio* (2000), <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm>, consulta: 8 de octubre de 2014.

El CAATEL fue creado mediante Resolución VI. 144 de la VI Reunión de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, realizada los días 21 y 22 de noviembre de 1991, en Lima-Perú. El CAATEL lo conforman los representantes de los organismos que tienen la responsabilidad de normar y administrar las políticas nacionales del sector en cada uno de los países miembros.⁴⁵⁹

Conforme la mencionada Resolución, el CAATEL se encargará de estudiar y proponer políticas andinas de telecomunicaciones, a fin de facilitar la interconectividad de dichos servicios; y actuará de manera coordinada con ASETA, para hacer compatibles y complementarios los lineamientos de las Políticas Subregionales de Telecomunicaciones con las expectativas y necesidades de las Empresas Andinas encargadas de las operaciones del sector.⁴⁶⁰ Adicionalmente, asesora a los órganos del Acuerdo de Cartagena en materia de telecomunicaciones, proponiendo a la comisión, y a la junta, los proyectos de decisiones y normas de su competencia, tomando en cuenta las legislaciones nacionales y las normas y recomendaciones aplicables de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT).⁴⁶¹

Por su parte, la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina (ASETA), fue creada en 1974 en el marco del Acuerdo Subregional Andino y es reconocida internacionalmente como el organismo subregional andino especializado en telecomunicaciones; es un organismo internacional, sin fines de lucro, que en el ámbito de la Subregión Andina agrupa a empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y la comunicación y a otras entidades del sector o vinculadas a este, con el propósito de coadyuvar a su desarrollo y al proceso de integración en los países andinos; obra como Organismo Consultivo Permanente del CAATEL.⁴⁶²

459 Resolución n.º VI. 144 de la VI Reunión de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena. <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/dinformativos/sgdi740.doc>, consulta: 21 de octubre de 2014.

460 “CAATEL es el ente especializado de telecomunicaciones del sistema andino de integración, encargado de impulsar el desarrollo armónico del sector para que las telecomunicaciones actúen como factor de desarrollo político, social, económico y cultural de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones y promover la integración de América del sur. [...]” Colombia, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/?id=13944>, consulta: 15 de octubre de 2014.

461 María Gabriela Sarmiento, *Legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina*, Unión Internacional de Telecomunicaciones / Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina (2002): 6, <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>, consulta: 21 de octubre de 2014.

462 Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina, “Quiénes somos”, http://www.aseta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=46&Itemid=27, consulta: 21 de octubre de 2014.

Algunos de los objetivos de ASETA en relación con la CAN son: apoyar y orientar a la Secretaría General de la CAN en el área de las telecomunicaciones para contribuir con el proceso de integración; propiciar la armonización de normas de telecomunicaciones de los países miembros, así como el establecimiento de la norma andina; propiciar y contribuir a la cooperación técnica, al intercambio y divulgación de la información científica, legal y contractual, y al desarrollo y difusión de tecnologías en las actividades relacionadas con las telecomunicaciones en la CAN; y apoyar la gestión ante organismos y agencias internacionales de cooperación, asistencia técnica y financiera para el desarrollo del sector de telecomunicaciones de la CAN.⁴⁶³

El CAATEL, en el “Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información”, acordó utilizar el potencial del comercio electrónico y aprovechar las facilidades de la red para crear nuevas oportunidades comerciales para los países miembros. Una de las estrategias que se propuso fue: “Establecer normas que den seguridad a las transacciones que utilizan recursos electrónicos en general, en algunas de las fases de la operación comercial, como pedido, contrato, transacción, pago, entrega, devolución, incluida la verificación de firmas electrónicas y la constitución de entidades de certificación. En el caso de los Países Miembros que aún no cuentan con los instrumentos legales apropiados, se recomienda apoyarse en los estudios adelantados por la UNCITRAL”.⁴⁶⁴

Del citado documento, se desprende el propósito que cada país miembro adopte los instrumentos legales adecuados para el comercio electrónico de forma independiente, sin que se avizore una normativa común en la subregión andina, opción que no resulta ser la más adecuada, toda vez que tal deficiencia de regulación entorpece las relaciones mercantiles intracomunitarias, y la recomendación que los Estados legislen con base en los estudios de la CNUDMI, no asegura que las normas resultantes sean compatibles.

Algunas de las recomendaciones adicionales adoptadas en la CAN sobre comercio electrónico han sido las siguientes: ejecutar un plan integral para superar las dificultades y obstáculos que impiden el desarrollo del comercio electrónico; exhortar a los países de la CAN a que aproximen su

463 Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina, “Objetivos”, http://www.aseta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=60&Itemid=99, consulta: 21 de octubre de 2014.

464 El “Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información”, fue suscrito por el Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones -CAATEL en la XI Reunión Extraordinaria celebrada durante los días 17 y 18 de abril de 2000, en la sede de la Secretaría General de la Comunidad Andina, en la ciudad de Lima-Perú, y aprobado por el mismo Comité mediante Resolución CAATEL XI-EX-57.

legislación sobre la materia, para su posterior armonización, contribuyendo así al establecimiento del mercado común; evaluar todos y cada uno de los cuerpos jurídicos de cada país para evitar contradicciones o posteriores acciones en contra de las leyes marco que se implementen; establecer los mecanismos e instrumentos jurídicos que brinden seguridad a las transacciones comerciales que se realizan por el medio digital; lograr la consolidación del principio de equivalencia funcional del documento electrónico y firma electrónica en las leyes, para que puedan competir en igualdad de condiciones con los documentos tradicionalmente aceptados.⁴⁶⁵

De otra parte, el plan de acción eLAC⁴⁶⁶ 2007 de la CEPAL, es un derrotero sobre la materia para los países miembros de la CAN,⁴⁶⁷ este plan de acción comprende la realización de cinco programas: acceso e inclusión digital, creación de capacidades y conocimientos, transparencia y eficiencia públicas, instrumentos de política, y entorno habilitador.⁴⁶⁸

El eLAC2010, corresponde a la segunda etapa de implementación del Plan de Acción Regional sobre la Sociedad de la Información en América

465 Sarmiento, *Legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina*, <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>, consulta: 15 de octubre de 2014.

466 “El eLAC es un plan de acción para América Latina y el Caribe, acorde con los ODM y la CMSI, con visión de largo plazo —hacia el año 2015— que plantea que las TIC son instrumentos de desarrollo económico y de inclusión social. La CEPAL actúa como secretaria técnica de este plan de acción regional, coordinando labores, monitoreando avances, publicando boletines informativos e intercambiando información entre los actores relevantes multi-sectoriales”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *eLAC2015*, <http://www.cepal.org/elac2015/>, consulta: 15 de octubre de 2014.

467 ALADI, Secretaría General, “Estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en otros esquemas de integración regional”, Estudio n.º 183 (2007), <http://www.aladi.org/nsfaladi/integracion.nsf/eeeed45bc6bdcf7032574fd00627b37/a700424971590eed032574b900470f5f?OpenDocument>, consulta: 15 de octubre de 2014.

468 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Plan de Acción eLAC 2007*, http://www.cepal.org/socinfo/noticias/documentosdetrabajo/8/21678/elac_2007_espanol.pdf, consulta: 15 de octubre de 2014. “Una idea central que sustenta eLAC2007 es poder mostrar un impacto positivo de la cooperación internacional en materia de la Sociedad de la Información en un período de tiempo relativamente corto, para asegurar que este tema crucial para el desarrollo de la región no pierda importancia en las agendas políticas, una vez que la visibilidad de la Cumbre Mundial disminuya. Para poder mostrar resultados, los países de la región formularon metas y actividades concretas, y están moviéndose rápidamente para implementarlas. Lo más importante de la Elac 2007 es potenciar la creación de alianzas estratégicas entre instituciones que estén convencidas que la acción coordinada y conjunta puede alcanzar logros que la acción individual no podría, sin la necesidad de renunciar a intereses particulares de los que apoyan el plan”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Avanzando con la implementación del Plan de Acción de América Latina y el Caribe sobre la Sociedad de la Información Elac2007”, *Newsletter n.º 2 Sociedad de la Información: Camino a la implementación de Elac2007, Un plan de acción para América Latina y el Caribe* (2007): 8. <http://www.cepal.org/socinfo/noticias/noticias/8/27948/NEWS2versionESP.pdf>, consulta: 15 de octubre de 2014.

Latina y el Caribe. El plan incluyó ajustes importantes a las prioridades de la región en cuanto al acceso, uso y capacidades relacionados a las TIC, en seis áreas temáticas: educación y capacitación, acceso e infraestructura, salud, gestión pública y gobierno electrónico, sector productivo, instrumentos de políticas y estrategias.⁴⁶⁹

El Plan de Acción eLAC2015, plantea a las TIC como instrumentos de desarrollo e inclusión social, acorde con los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. El Plan de Acción cuenta con ocho áreas temáticas: acceso a banda ancha, gobierno electrónico, medio ambiente, seguridad social, desarrollo productivo e innovación, entorno habilitador, educación, y una institucionalidad para una política de Estado.⁴⁷⁰

Los esfuerzos en la subregión andina, al igual que ocurre en la mayoría de países de América Latina y el Caribe, están principalmente enfocados hacia problemas básicos, en especial en la infraestructura, como el acceso y la conectividad a las TIC y en reducir la llamada brecha digital.⁴⁷¹

A nivel interamericano, se debe reseñar la labor de la CIDIP, que la OEA convoca con cierta periodicidad. La última CIDIP (VII), se citó para octubre de 2009, donde fue adoptado el Reglamento Modelo para el Registro bajo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.⁴⁷²

Algunos aspectos del comercio electrónico son tenidos en cuenta por la CIDIP de forma incidental. En la CIDIP VI, a raíz de que la Ley Modelo

469 “El eLAC2010 promovió el uso de las TIC para el desarrollo, para lograr crecimiento con equidad. Esto reflejó un cambio importante de orientación, al alejarse de la tendencia de la región de seguir una lógica más bien industrial de desarrollo de las TIC, a favor de un desarrollo humano y social más integral, o el desarrollo con las TIC. Este cambio de enfoque busca impulsar el uso de las TIC en áreas emergentes”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “eLAC2010: la segunda etapa del Plan de Acción Regional (2008-2010)”, <http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/9/44099/P44099.xml&xsl=/elac2015/tpl/p18f.xsl&base=/elac2015/tpl/top-bottom.xsl>, consulta: 14 de octubre de 2014.

470 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Plan de Acción eLAC2015”, <http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/9/44209/P44209.xml&xsl=/elac2015/tpl/p18f.xsl&base=/elac2015/tpl/top-bottom.xsl>, consulta: 15 de octubre de 2014.

471 “Mientras gran parte de la discusión en Europa y EE. UU. se centra sobre temas más avanzados, como la privacidad, confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales, en América Latina y el Caribe la preocupación sobre el acceso y la conectividad a las TIC domina las estrategias nacionales. Desde la perspectiva de esta problemática, no es sorprendente que gran parte de las estrategias nacionales sean vistas como políticas para la infraestructura tecnológica, dejando en segundo plano políticas dedicadas a guiar las modificaciones que ocurren en las relaciones sociales y económicas”, Martin Hilbert, Sebastián Bustos, y João Carlos Ferraz, *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: Naciones Unidas / CEPAL, 2005), 31.

472 OEA, “Departamento de Derecho Internacional: Derecho Internacional Privado”, http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm, consulta: 15 de octubre de 2014.

Interamericana sobre Garantías Mobiliarias prevé el uso de documentos y firmas electrónicos, se aprobó la Resolución CIDIP-VI/RES. 5/02, sobre reglas en materia de documentos y firmas electrónicos. En ella se resuelve: “Recomendar que los Estados miembros adopten regímenes legales compatibles con los instrumentos de CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas adoptados en 1996 y en 2001”.⁴⁷³

La actividad de la CAN frente al comercio electrónico se ha limitado a diagnosticar la necesidad de una normatividad que propicie su expansión en la región. Como organización supranacional y en ejercicio de sus facultades normativas, no ha desarrollado una regulación comunitaria sobre la materia, lo que constituye un obstáculo para el crecimiento del mercado común. En su lugar, recomienda a los países miembros que legislen individualmente teniendo en cuenta instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico.

La CAN debe recordar que uno de los mecanismos establecidos para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Integración Subregional, es la aproximación de las legislaciones nacionales. En esa medida, debería retomar sus facultades normativas para establecer unas reglas uniformes que brinden seguridad a las transacciones por medios electrónicos.

Sugerir a los Estados miembros que legislen de manera individual, sin adoptar una normativa comunitaria, trae consigo el riesgo que se introduzcan reglas incompatibles, alejando la posibilidad de que existan normas armónicas.

Ante la ausencia de regulación comunitaria, a cada Estado le ha correspondido de manera independiente adoptar reglas que orienten la actividad mercantil en el contexto electrónico. A continuación, se presenta una reseña legislativa sobre el comercio electrónico en cada uno de los países miembros de la CAN. Este panorama legislativo será la base para estudiar el desempeño que han tenido los principios del derecho del comercio electrónico en la subregión andina:

Como antecedente legislativo del comercio electrónico en Bolivia, se debe destacar el Proyecto de Ley 080/2007 propuesto como “Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico”, proyecto normativo en el que trabajaron varias organizaciones públicas y privadas.⁴⁷⁴

Dicho proyecto de ley, incluía una regulación detallada sobre: documentos y contratación electrónica (título II); firma electrónica, certificados

473 Organización de Estados Americanos, “Departamento de Derecho Internacional: CIDIP VI”, http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVI-Res6-02_esp.htm, consulta: 15 de octubre de 2014.

474 Ramiro Chambi, “¿Tiene respaldo jurídico el comercio electrónico en Bolivia?” (2012), <http://dechali.com/index.php/articulos/23-itiene-respaldo-juridico-el-comercio-electronico-en-bolivia>, consulta: 22 de octubre de 2014.

electrónicos, entidad certificadora y entidad acreditadora (título III); comercio electrónico (título IV); y modificaciones al Código Penal y delitos informáticos (título V).⁴⁷⁵

En el año 2011 fue promulgada la Ley 164, “Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación”. En el título IV se regula lo relativo al desarrollo de contenidos y aplicaciones de tecnologías de información y comunicación, donde se destaca el capítulo tercero sobre documentos y firmas digitales, el capítulo cuarto referente a comercio electrónico y el capítulo quinto relativo al correo electrónico.⁴⁷⁶

La influencia del Proyecto de Ley 080/2007 en la Ley 164 de 2011 fue mínima, de hecho, la regulación de los documentos, firmas y comercio electrónicos se redujo considerablemente, pasando a ser un tema marginal respecto de los demás normados en esta ley, cuyo objeto primordial fue establecer el régimen general de las telecomunicaciones.

Mediante Decreto Supremo 1793 de 2013, se aprobó el Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación. Este reglamento disciplinó aspectos como: definiciones respecto de firmas y certificados digitales (autenticación, clave privada, clave pública, firma electrónica, infraestructura nacional de certificación digital, mensaje electrónico de datos, signatario), correo electrónico (correo electrónico comercial, correo electrónico no deseado), comercio electrónico (mensaje de datos, EDI, iniciador de un mensaje de datos, destinatario de un mensaje de datos, intermediario, sistema de información)-título I; Comité Plurinacional y Consejo Sectorial-título II; gobierno electrónico y *software* libre-título III; certificado y firma digital y entidades certificadoras-título IV; titular del certificado digital-título V; comunicaciones publicitarias por medio de correo electrónico-título VI; y, comercio electrónico-título VII.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Bolivia, Congreso Nacional, *Proyecto de Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico*, n.º 080/2007. http://www.redipd.org/documentacion/legislacion/common/legislacion/Bolivia/proyecto_ley_080_2007.pdf, consulta: 22 de octubre de 2014. “Esta Ley se ha aprobado por unanimidad en el Congreso boliviano en el mes de agosto de 2007, pero no se han encontrado referencias sobre su publicación en la Gaceta Oficial”, Vlex España, “Bolivia. Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico”, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/bolivia-documentos-firmas-comercio-450198>, consulta: 22 de octubre de 2014.

⁴⁷⁶ Bolivia, Asamblea Legislativa Plurinacional, Ley n.º 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación* (La Paz, 8 de agosto de 2011). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>, consulta: 22 de octubre de 2014. Se considera que la ley 164 de 2011 se basó en el proyecto de Ley 080/2007 de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico. Chambi, “¿Tiene respaldo jurídico el comercio electrónico en Bolivia?”.

⁴⁷⁷ Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación* (La Paz, 13 de noviembre de 2013). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>, consulta: 22 de octubre de 2014.

En 1999 se expidió en Colombia la Ley 527, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley se estructuró en cuatro partes: la primera, es la parte general; la segunda, respecto al comercio electrónico en materia de transporte de mercancías; la tercera, sobre firmas digitales, certificados y entidades de certificación; y la cuarta, relativa a la reglamentación y vigencia.⁴⁷⁸

Mediante el Decreto 1747 de 2000 de la Presidencia de la República, fue reglamentada la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales. En los aspectos generales (capítulo I), se incorporaron algunas definiciones (iniciador, suscriptor, repositorio, clave privada, clave pública, certificado en relación con las firmas digitales, estampado cronológico, entidad de certificación cerrada, entidad de certificación abierta, declaración de prácticas de certificación —DPC—); se establecen reglas sobre las entidades de certificación y certificados digitales (capítulo II); y, facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio (capítulo III).⁴⁷⁹

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, expidió la Resolución 26930 de 2000 y la Resolución 36904 de 2001, en las que se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores.⁴⁸⁰

La Ley 588 de 2000, “por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”, estableció que las notarías y consulados podrán ser autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio como entidades de certificación, de conformidad con la Ley 527 de 1999 (art. 1, parr. 1).⁴⁸¹

478 Colombia, Congreso, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones* (Bogotá, 18 de agosto de 1999), <http://www.secretariasenado.gov.co>, consulta: 22 de octubre de 2014.

479 Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1747, *por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales* (Bogotá, 11 de septiembre de 2000), <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4277>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

480 Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26930, *Por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores* (Bogotá, 26 de octubre de 2000), <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5793>, consulta: 18 de noviembre de 2014. Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 36904, *Por la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores* (Bogotá, 6 de noviembre de 2001), http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/historico/d2011sic7133.htm, consulta: 18 de noviembre de 2014.

481 La Ley 588 de 2000 (artículo 1, parágrafo 2) también determinó que: “Las notarías y consulados podrán transmitir como mensajes de datos, por los medios electrónicos, ópticos y similares a los que se refiere el literal a) del artículo 2.º de la Ley 527 de 1999, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan en sus

En 2011 se promulgó la Ley 1480, Estatuto del Consumidor, en la que se establecieron reglas sobre la protección al consumidor de comercio electrónico (capítulo VI).⁴⁸²

Por medio del Decreto 2364 de 2012, el presidente de la república, reglamentó el art. 7 de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica. Inicia precisando algunas definiciones (acuerdo sobre el uso del mecanismo de firma electrónica, datos de creación de la firma electrónica, firma electrónica, y firmante); consagra la neutralidad tecnológica e igualdad de tratamiento de las tecnologías para la firma electrónica; el cumplimiento del requisito de firma con la firma electrónica; la confiabilidad de la firma electrónica; efectos jurídicos de la firma electrónica; obligaciones del firmante; firma electrónica pactada mediante acuerdo; y criterios para establecer el grado de seguridad de las firmas electrónicas.⁴⁸³

El Decreto-Ley 19 de 2012, modificó la Ley 527 de 1999 en lo que se refiere a las entidades de certificación. En su art. 160 dispuso, que las entidades de certificación, para desarrollar sus actividades, ya no necesitarán autorización previa de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que requerirán ser acreditadas previamente por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC), conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.⁴⁸⁴

Finalmente, el Decreto 333 de 2014 definió el régimen de acreditación de las entidades de certificación, derogando el Decreto 1747 de 2000. En los aspectos generales (capítulo I) incluye algunas definiciones

archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas. Dichos documentos serán auténticos cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad que para transmisión de mensajes de datos que establece la Ley 527 de 1999", Colombia, Congreso, Ley 588, *Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial* (Bogotá, 5 de julio de 2000). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc_ant/ley_0588_2000.htm, consulta: 18 de noviembre de 2014.

482 Colombia, Ley 1480, *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones* (Bogotá, 12 de octubre de 2011). http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html, consulta: 18 de noviembre de 2014.

483 Colombia, Decreto 2364, *Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones* (Bogotá, 22 de noviembre de 2012). <http://www.mincit.gov.co/descargar.php?idFile=4314>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

484 Decreto-ley 19 de 2012, artículo 160 (características y requerimientos de las entidades de certificación), artículo 161 (actividades de las entidades de certificación), artículo 162 (deberes de las entidades de certificación), artículo 163 (cesación de actividades por parte de las entidades de certificación). Colombia, Presidencia de la República, Decreto-Ley 19, *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública* (Bogotá, 10 de enero de 2012). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

(certificado en relación con las firmas, iniciador, suscriptor, repositorio, clave privada, clave pública, estampado cronológico, entidad de certificación cerrada, entidad de certificación abierta, declaración de prácticas de certificación —DPC—); determina reglas sobre las entidades de certificación (capítulo II), tanto cerradas (capítulo II, sección I), como abiertas (capítulo II, sección II); y termina con unas disposiciones comunes (capítulo III).⁴⁸⁵

En el año 2002, el Congreso Nacional del Ecuador expidió la Ley 67, “Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos”. Esta ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas. La ley está estructurada de la siguiente manera: un título preliminar, con principios generales (capítulo I); título II, de las firmas electrónicas, certificados de firma electrónica, entidades de certificación de información, organismos de promoción de los servicios electrónicos, y de regulación y control de las entidades de certificación acreditadas; título III, de los servicios electrónicos, la contratación electrónica y telemática, los derechos de los usuarios, e instrumentos públicos; título IV, de la prueba y notificaciones electrónicas; y, título V, de las infracciones informáticas.⁴⁸⁶

Mediante Decreto Ejecutivo 3496 de 2002, se expidió el Reglamento General a la Ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. Este Reglamento definió reglas en aspectos como: Incorporación de archivos o mensajes adjuntos, accesibilidad de la información, información escrita, información original y copias certificadas, desmaterialización, integridad de un mensaje de datos, procedencia e identidad de un mensaje de datos, responsabilidad por el contenido de los mensajes de datos, prestación de servicios de conservación de mensajes de datos, elementos de la infraestructura de firma electrónica, duración del certificado de firma electrónica, revocación del certificado de firma electrónica, reconocimiento internacional de certificados de firma electrónica, régimen de acreditación de entidades de certificación de información, responsabilidades de las entidades de certificación de información, obligaciones del titular de la firma electrónica, información al usuario, de la seguridad en la prestación

485 Colombia, Decreto 333, *Por el cual se reglamenta el artículo 160 del Decreto-ley 19 de 2012* (Bogotá, 19 de febrero de 2014). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56767>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

486 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos* (Quito, 17 de abril de 2002). http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_comelectronico.pdf, consulta: 18 de noviembre de 2014.

de servicios electrónicos, envío de mensajes de datos no solicitados, y sellado de tiempo.⁴⁸⁷

Con la Resolución 584-23-CONATEL-2003, se estableció el Reglamento para la acreditación, registro y regulación de entidades habilitadas para prestar servicios de certificación de información y servicios relacionados. El Reglamento tiene por objeto establecer las normas y procedimientos aplicables a la prestación de servicios de certificación de información, emisión de firmas electrónicas y certificados de firma electrónica, registro de datos y sellado de tiempo, y a la operación de una infraestructura de Clave Pública en Ecuador, así como los deberes y derechos de los prestadores de estos servicios y de sus usuarios.⁴⁸⁸

Los Decretos Ejecutivos 908 de 2005, 1356 de 2008,⁴⁸⁹ y 867 de 2011,⁴⁹⁰ introdujeron reformas al Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

En el año 2000, se aprobó en Perú la Ley 27269, “Ley de Firmas y Certificados Digitales”. Su objeto fue regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad. En la ley se define la firma electrónica, la firma digital, y el certificado digital. Establece cuál debe ser el contenido mínimo de un certificado digital, fija reglas sobre la confidencialidad de la información, la cancelación y revocación de certificados digitales, así como el reconocimiento de los certificados emitidos por entidades extranjeras. Adicionalmente, regula las entidades de certificación y de registro.⁴⁹¹

487 Ecuador, Decreto Ejecutivo 3496, *Reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos* (Quito, 31 de diciembre de 2002), [http://www1.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Reg_ref_LCEFEMD_2008\(1\).pdf](http://www1.gobiernoelectronico.gob.ec/files/Reg_ref_LCEFEMD_2008(1).pdf), consulta: 18 de noviembre de 2014.

488 Ecuador, Resolución 584-23-CONATEL-2003, *Reglamento para la acreditación, registro y regulación de entidades habilitadas para prestar servicios de certificación de información y servicios relacionados* (Quito, 30 de septiembre de 2003), <http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/400/4/REGLAMENTO%20PARA%20LA%20ACREDITACION.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

489 Ecuador, Decreto 1356, *Reformas al reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos* (Quito, 29 de septiembre de 2008), http://www.regulaciontelecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/2_requisitos_solicitud_acreditacion_entidad_certificacion.pdf, consulta: 18 de noviembre de 2014.

490 Ecuador, Decreto 867, *Reforma al reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos* (Quito, 1 de septiembre de 2011), http://www.lacamaradequito.com/uploads/tx_documents/decreto867.pdf, consulta: 18 de noviembre de 2014.

491 Perú, Ley 27269, *Ley de firmas y certificados digitales* (Lima, 28 de mayo de 2000), <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27269.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

Con la Ley 27291 de 2000, se modificó el Código Civil peruano, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.⁴⁹²

La Ley 27310 de 2000, modificó el art. 11º de la Ley 27269 de 2000.⁴⁹³

Se reguló el uso del correo electrónico comercial no solicitado SPAM, mediante la Ley 28493 de 2000⁴⁹⁴, norma que fue reglamentada por el Decreto Supremo 031-2005-MTC.⁴⁹⁵

Con la Ley 27419 de 2001, se modificó el Código Procesal Civil, automatizando la realización de notificaciones por correo electrónico.⁴⁹⁶

492 Ley 27291 de 2000: “Artículo 1.- Modificación del Código Civil. Modificase los arts. 141 y 1374 del Código Civil, con los siguientes textos: ‘Artículo 141.- Manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. [...] Artículo 1374º.- Conocimiento y contratación entre ausentes. [...] Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.’ Artículo 2º.- Adición de artículo al Código Civil. Adicionase el artículo 141.º -A al Código Civil, con el siguiente texto: ‘Artículo 141 -A.- Formalidad. En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.’”. Perú, Ley 27291, *Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica* (Lima, 23 de junio de 2000). <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27291.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

493 Ley 27310 de 2000: “Artículo Único.- Objeto de la ley. Modificase el artículo 11 de la Ley 27269, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera: ‘Artículo 11º.- Los Certificados de Firmas Digitales emitidos por Entidades Extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocidas en la presente Ley, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente.’” Perú, Ley 27310, *Ley que modifica el artículo 11º de la Ley 27269* (Lima, 15 de julio de 2000), <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27310.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

494 Perú, Ley 28493, *Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM)* (Lima, 11 de abril de 2000), <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28493.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

495 Perú, Decreto Supremo 031-2005-MTC, *Reglamento de la Ley 28493 que regula el envío del correo electrónico comercial no solicitado (SPAM)* (Lima, 30 de diciembre de 2005), http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_1402.pdf, consulta: 18 de noviembre de 2014.

496 Ley 27419, *Ley sobre notificación por correo electrónico*: “Artículo único.- Objeto de la ley. Modificase los arts. 163 y 164 del Código Procesal Civil, con el siguiente texto: ‘Artículo 163.- Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio. En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvección, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción. La notificación por correo electrónico solo se realizará para la parte que lo haya solicitado. Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena en costas. [...]’”. Perú, Ley 27419, *Ley sobre notificación por correo electrónico* (Lima, 6 de febrero de 2001), <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27419.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

La “Ley de Firmas y Certificados Digitales”, Ley 27269 de 2000, fue reglamentada por el Decreto Supremo 052-2008-PCM. El contenido general de este Decreto es el siguiente: disposiciones generales (título I), validez y eficacia jurídica de las firmas digitales y documentos electrónicos (capítulo I), firma digital (capítulo II), certificado digital (capítulo III); infraestructura oficial de firma electrónica (título II), aspectos generales (capítulo I), de los prestadores de servicios de certificación digital (capítulo II), de las entidades de certificación (sección I), de las entidades de registro o verificación (sección II), de los prestadores de servicios de valor añadido (sección III), de la prestación de servicios de gobierno electrónico y de la certificación digital a cargo del estado (capítulo III), aspectos generales (sección I), de las transacciones de gobierno electrónico en las que intervienen prestadores de servicios de certificación digital públicos (sección II), de los centros de acceso ciudadano (sección III), del intercambio de información y cooperación entre entidades de la administración pública (sección IV); de la autoridad administrativa competente (título III), de las funciones (capítulo I), del régimen de acreditación de los prestadores de servicios de certificación digital (capítulo II), de los certificados emitidos por entidades extranjeras (capítulo III), y de la supervisión de entidades acreditadas (capítulo IV).⁴⁹⁷

Mediante Resolución 030-2008/CRT-INDECOPI, se aprobaron las Guías de Acreditación de las entidades de certificación digital.

El Decreto Supremo 070-2011-PCM, modifica el Reglamento de la Ley 27269, ley de firmas y certificados digitales, y establece normas aplicables al procedimiento registral.⁴⁹⁸

Finalmente, el Decreto Supremo 105-2012-PCM establece disposiciones para facilitar la puesta en marcha de la firma digital y modifica el Decreto Supremo 052-2008-PCM Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales.⁴⁹⁹

Todos los países de la CAN cuentan con un marco legal para las transacciones electrónicas que incluye normas sobre mensajes de datos, comercio electrónico, firmas y certificados digitales.

497 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales* (Lima, 18 de julio de 2008), <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DS-052-2008-pcm.pdf>, consulta: 18 de noviembre de 2014.

498 Perú, Decreto Supremo 070-2011-PCM, *Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y establece normas aplicables al procedimiento registral en virtud del Decreto Legislativo 681 y ampliatorias* (Lima, 26 de julio de 2011). <http://www.reniec.gob.pe/portal/pdf/certificacion/ANEXO9.pdf>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

499 Perú, Decreto Supremo 105-2012-PCM, *Establece disposiciones para facilitar la puesta en marcha de la firma digital y modifican el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales* (Lima, 20 de octubre de 2012), <http://www.reniec.gob.pe/portal/pdf/certificacion/ANEXO10.pdf>, consulta: 19 de noviembre de 2014.

En términos generales, el grado de desarrollo de la legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la CAN es elevado, pues en su mayoría optaron por estructurar normas complementarias al Código Civil o Código de Comercio; solamente Perú decidió modificar el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.

Una vez que se ha explicado el estado general de la legislación sobre comercio electrónico en la CAN, a continuación se contrastará con las leyes modelo de la CNUDMI teniendo como referente los principios del comercio electrónico: equivalencia funcional y no discriminación, neutralidad tecnológica, no alteración del derecho de obligaciones y contratos, y libertad contractual; lo que permitirá determinar la efectividad de las leyes modelo en la armonización del comercio electrónico en la Comunidad Andina.

Desempeño de los principios del comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina

Equivalencia funcional y no discriminación

Tal como se planteó en el capítulo tres, la equivalencia funcional pretende que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a sus homólogos del comercio tradicional. A su vez, la no discriminación busca que no se le dé un tratamiento diferencial a la información contenida en esta clase de formatos respecto de otros.⁵⁰⁰

A continuación, se mira la forma en que la equivalencia funcional y la no discriminación han sido tratados en las legislaciones de los países de la CAN, para ello nos remitiremos a cinco aspectos de la contratación privada que son permeados por dicho principio: el documento escrito, el documento original, la noción de firma, los mensajes de datos como prueba y la formación de los contratos.

500 “Es el principio que permite que todo aquello que se pueda realizar por un medio físico o tradicional pueda ser realizado por medios electrónicos con el mismo valor jurídico y probatorio. Es decir, la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de todo acto jurídico, o su expresión oral, la cumple de igual forma la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos (información electrónica), con independencia del contenido, extensión, alcance y finalidad del acto. Desde esta perspectiva, la equivalencia funcional trae consigo la no discriminación de la información electrónica (mensajes de datos) con respecto al medio escrito tradicional, lo que permite darle el mismo tratamiento desde el punto de vista probatorio y jurídico, con ello aspira, que a través de las TIC se reproduzca enteramente toda garantía que el medio físico o procedimiento tradicional exija o requiera”, Secretaría Permanente del SELA, *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe* (Caracas: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe de 2012), 6.

Documento escrito

Bolivia

En Bolivia, el principio de equivalencia funcional y no discriminación de los mensajes de datos se estableció en el art. 78 de la Ley 164 de 2011, en los siguientes términos: “Tienen validez jurídica y probatoria: 1. El acto o negocio jurídico realizado por persona natural o jurídica en documento digital y aprobado por las partes a través de firma digital, celebrado por medio electrónico u otro de mayor avance tecnológico. 2. El mensaje electrónico de datos. 3. La firma digital”.⁵⁰¹

El art. 78 de la Ley 164 de 2011, les da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos. No utiliza las mismas expresiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, sin embargo, genera el mismo efecto establecido en su art. 5, de no negarle efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información que esté en forma de mensajes de datos.⁵⁰²

Respecto a la equivalencia funcional del documento escrito, tratándose de mensajes de datos, no hay una consagración expresa dentro de la legislación vigente en Bolivia. No obstante, una referencia que se puede hacer al tema la encontramos en el art. 8 del Proyecto de Ley 80 de 2007,⁵⁰³ pero

501 Este artículo debe ser interpretado de conformidad con las definiciones adoptadas en el artículo 6 de la citada ley, específicamente las incluidas en el ordinal IV, “Respecto a la firma y documentos digitales”, en su numeral 4: “Documento digital. Es toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*. El mensaje electrónico de datos es definido en el artículo 3 del Decreto Supremo 1793 de 2013, por una parte, en el ordinal III. Respecto a firmas y certificados digitales: “f) Mensaje electrónico de datos: Es toda información de texto, imagen, voz, video y datos codificados digitalmente, creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que pueden ser intercambiados por cualquier sistema de comunicación electrónico”; por otra parte, en el ordinal VIII. Respecto a comercio electrónico: “a) Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

502 En la situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), no aparece Bolivia como un ordenamiento en el que se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo. La situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), puede ser consultada en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html, consulta: 9 de diciembre de 2014.

503 “En todos los casos en que se exija que una información conste por escrito o deba ser presentada de esa forma, o bien se prevea la existencia de consecuencias jurídicas para el evento de que la información no conste por escrito, se entenderá que un documento electrónico cumple con el requisito de escrituración, cuando la información contenida en el mismo sea legible, esté íntegra, sea susceptible de ser archivada y recuperada en cualquier momento y sea posible la verificación del remitente o de su creador”. Artículo 8, Proyecto de Ley 80 de 2007. Bolivia, *Proyecto de Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico, 080/2007*.

cabe aclarar, como se advirtió en la reseña legislativa presentada en este capítulo sobre el comercio electrónico en los países miembros de la CAN, que de dicho proyecto de ley sobre documentos, firmas y comercio electrónico no se han encontrado datos sobre su publicación en la Gaceta Oficial.⁵⁰⁴

Esta omisión del legislador boliviano compromete los efectos del principio de equivalencia funcional y no discriminación, puesto que un reconocimiento genérico a los mensajes de datos puede resultar insuficiente si no se consagran con precisión las expresiones prácticas de tal principio. Es decir, el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos debe estar acompañado de reglas claras sobre la forma cómo sustituirán a los documentos escritos.

Colombia

En Colombia, el principio de equivalencia funcional y no discriminación, fue consagrado, en términos generales, en el art. 5 de la Ley 527 de 1999, de la siguiente manera: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”.⁵⁰⁵

En la forma como fue redactado este artículo, se evidencia con claridad la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, ya que su art. 5, establece el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos de idéntica forma.⁵⁰⁶

504 “Esta Ley se ha aprobado por unanimidad en el Congreso Boliviano en el mes de agosto de 2007, pero no se han encontrado referencias sobre su publicación en la Gaceta Oficial”, Vlex España, “Bolivia. Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico”, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/bolivia-documentos-firmas-comercio-450198>, consulta: 22 de octubre de 2014.

505 “El Proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los ‘equivalentes funcionales’, que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. Se adoptó el criterio flexible de ‘equivalente funcional’, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”, Colombia, *Exposición de motivos ley 527 de 1999*. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10595#0>, consulta: 9 de diciembre de 2014.

506 La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico sirvió de base para proyectar la Ley 527 de 1999, *ibíd.* “En estas materias se destaca la Ley 527 de 1999, conocida también como ‘Ley de Comercio Electrónico’, la cual incorpora diversas disposiciones de las Leyes Modelo de Comercio Electrónico y del proyecto de Firma Electrónica de UNCITRAL. También se tuvo en cuenta la *Utah Digital Signature Act*, publicada en mayo de 1995 en el Estado de Utah, en EE. UU. La ley 527 autoriza el uso de mensajes de datos en el ámbito de las operaciones de comercio electrónico y contempla, entre otros aspectos, los relativos a la autenticidad, integridad,

Respecto al concepto de documento escrito, es regulado en el art. 6 de la Ley 527 de 1999:

Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.⁵⁰⁷

La configuración de este artículo corresponde al art. 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.⁵⁰⁸

La posibilidad de reemplazar los documentos escritos por mensajes de datos no se restringe solamente al ámbito mercantil. La equivalencia funcional, como se determinó en el art. 6 de la Ley 527 de 1999, irradia a todo el ordenamiento jurídico colombiano. Precisamente, hace alusión a “cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito”.⁵⁰⁹

De otra parte, la única exigencia que se hace para que los tradicionales documentos escritos sean sustituidos por mensajes de datos, es que la

originalidad y conservación de documentos electrónicos”, Manuel José Cárdenas, “Informe normativo sobre comercio electrónico Colombia”, *Taller regional sobre ciberlegislación* (La Paz, Bolivia), UNCTAD, 15-18 de febrero de 2011, <http://www.usergioarboleda.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentacion%20B3n%20Dr%20Manuel%20%20%20C3%A1rdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20%20UNCTAD.pdf>, consulta: 8 de enero de 2015. Incluso, en la situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), aparece Colombia como un ordenamiento en el que se ha promulgado legislación basada en la ley modelo, con la siguiente nota: “Salvo en lo que respecta a las disposiciones sobre certificación y firmas electrónicas”, La situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), puede ser consultada en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html, consulta: 20 de noviembre de 2014.

507 Art. 6, Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

508 Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 5, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 19 de enero de 2015.

509 “[...] ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico [...] La Ley 527 y el artículo atacado en particular aluden simplemente a la posibilidad de reconocer como equivalentes a un escrito los mensajes de datos entendidos como ‘la información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax’”, Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-831, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° de la Ley 527 de 1999*, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis (Bogotá, 8 de agosto de 2001), 16, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-831-01.htm>, consulta: 20 de noviembre de 2014.

información que estos contienen sea accesible para su posterior consulta. No obstante, la Corte Constitucional de Colombia interpretó que para que tal equivalencia funcional se dé entre documentos en papel y los mensajes de datos, estos deben ser certificados técnicamente, al respecto expresó:

A diferencia de los documentos en papel, los mensajes de datos deben ser certificados técnicamente para que satisfagan los equivalentes funcionales de un documento tradicional o en papel y, es allí en donde las entidades de certificación juegan un papel importante. Las entidades de certificación certifican técnicamente que un mensaje de datos cumple con los elementos esenciales para considerarlo como tal, a saber la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información, lo que, en últimas permite inequívocamente tenerlo como auténtico. La confidencialidad connota aquellos requisitos técnicos mínimos necesarios para garantizar la privacidad de la información. La autenticidad es la certificación técnica que identifica a la persona iniciadora o receptora de un mensaje de datos. La integridad es el cumplimiento de los procedimientos técnicos necesarios que garanticen que la información enviada por el iniciador de un mensaje es la misma del que lo recibió. Y, la no repudiación es el procedimiento técnico que garantiza que el iniciador de un mensaje no puede desconocer el envío de determinada información.⁵¹⁰

La exigencia de certificación para que un mensaje de datos cumpla las mismas funciones de un documento en soporte papel, va en contravía del principio de equivalencia funcional y no discriminación. Justamente, la finalidad del art. 6 no es establecer el requisito de que, en todos los casos, los mensajes de datos deben cumplir todas las funciones concebibles de un escrito. El art. 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. Esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta.⁵¹¹

510 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-662, Acción pública de inconstitucionalidad contra la Ley 527 de 1999*, magistrado ponente, Fabio Morón Díaz (Bogotá, 8 de junio de 2000), 41, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-662-00.htm>, consulta: 20 de noviembre de 2014.

511 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 38. “La exigencia de que los documentos deban ser firmados o consignados sobre papel ha sido considerada como uno de los obstáculos jurídicos para el empleo masivo de la informática y de las telecomunicaciones. Por lo tanto, desde el punto de vista del *equivalente funcional* se examinaron, de una parte, la naturaleza de las exigencias legales que determinadas operaciones comerciales o documentos consten por escrito y, de otra, las razones por las cuales se solicita la presentación de un escrito. Con esa información se establecieron las pautas tecnológico-jurídicas mínimas que deben cumplir los mensajes de datos electrónicos para que estos suplan el requisito de un ‘escrito’, centrándose en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee”, Nelson Remolina Angarita, “Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro”, en *Comercio electrónico*, ed. Grupo de estudios en internet comercio electrónico y telecomunicaciones e informática (Bogotá: Legis, 2005), 147-8.

Si se pide que todo mensaje de datos sea certificado para que pueda suplir las funciones del documento en soporte papel, se estaría negando el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Asimismo, se le estaría dando un trato diferencial a la información contenida en esta clase de formatos respecto de otros.

La referida interpretación de los equivalentes funcionales del documento escrito es inconveniente, ya que consagra requisitos desproporcionados para que un mensaje de datos sea asimilado a un documento escrito, incluso desborda los parámetros trazados por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en definitiva, la exigencia de certificación para que los mensajes de datos sean tenidos por documentos escritos es una carga excesiva para quien los emplea que, además de innecesaria, puede desestimular su uso.

Ecuador

El principio de equivalencia funcional y no discriminación se introdujo en la legislación de Ecuador, mediante el art. 2 de la Ley 67 de 2002: “Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento”.⁵¹²

Si bien se puede afirmar la influencia del art. 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el enfoque del art. 2 de la Ley 67 de 2002 es diferente, en tanto se da más énfasis al principio de equivalencia funcional que al de no discriminación.⁵¹³

Específicamente, la equivalencia funcional del documento escrito la encontramos regulada en el art. 6 de la Ley 67 de 2002, de la siguiente manera: “Información escrita. Cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que este contenga sea accesible para su posterior consulta”.⁵¹⁴

512 Ecuador, Ley 67, *Ley de comercio electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

513 En la situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), aparece Ecuador como un ordenamiento en el que se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo, con la siguiente nota: “Salvo en lo que respecta a las disposiciones sobre certificación y firmas electrónicas”, La situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), puede ser consultada en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html, consulta: 9 de diciembre de 2014.

514 El Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Decreto Ejecutivo 3496 de 2002, estableció: “Artículo 2.- Accesibilidad de la información.-Se considerará que un mensaje de datos, sus anexos y remitidos, son accesibles para consulta posterior cuando se puede recuperar su contenido en forma íntegra en cualquier momento empleando los mecanismos y procedimientos

Es evidente que el art. 6 de la Ley 67 de 2002 ha sido inspirado en instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico, puesto que tiene un contenido similar al art. 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

El legislador ecuatoriano les da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos atribuyéndoles igual valor que a los documentos escritos, fórmula distinta a la empleada por la ley modelo en la que se afirma de manera general el principio de no discriminación. A pesar de lo confuso que pueda parecer, pues reduce los mensajes de datos a una de sus modalidades, los documentos escritos, el propósito claramente es dar efectos jurídicos a los mensajes de datos. La regulación de la equivalencia funcional del documento escrito en consonancia con instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico, contribuye a la armonización de las normas sobre comercio electrónico en los países de la CAN.

Perú

Con la Ley 27291 de 2000, se modificó el Código Civil peruano, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de las manifestaciones de voluntad. El art. 1, modificó el art. 141 del Código Civil, en el siguiente sentido: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. [...]”.⁵¹⁵

previstos para el efecto, los cuales deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo. Art. 3.- Información escrita.- Se entiende que la información contenida en un mensaje de datos es accesible para su posterior consulta cuando: a) Ha sido generada y puede ser almacenada en un lenguaje electrónico/informático y formato entendibles por las partes involucradas en el intercambio de información y sus respectivos sistemas informáticos de procesamiento de la información, pudiéndose recuperar su contenido y el de los remitidos o anexos correspondientes en cualquier momento empleando los mecanismos previstos y reconocidos para el efecto; y, b) Se puede recuperar o se puede acceder a la información empleando los mecanismos previstos al momento de recibirlo y almacenarlo, y que deberán detallarse y proporcionarse independientemente del mensaje de datos a fin de garantizar el posterior acceso al mismo. Las publicaciones que las leyes exijan por escrito, sin perjuicio de lo establecido en dichas leyes, podrán adicionalmente efectuarse en medios electrónicos en forma de mensajes de datos. Cumplidos los requisitos de accesibilidad, el mensaje de datos tiene iguales efectos jurídicos que los documentos que constan por escrito”, Ecuador, Decreto Ejecutivo 3496, *Reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos*.

515 “Con esa modificación se consagra el acto electrónico, que configura los actos *jurídicos electrónicos* o, dicho de modo más propio, los actos jurídicos celebrados mediante medios electrónicos, los cuales tienen la misma validez y eficacia jurídica que los celebrados por medios convencionales. Se observa que el legislador consideró necesario precisar que nada impediría que las manifestaciones de voluntad fueran realizadas a través de medios electrónicos, a fin de que, ante un posible conflicto, el juez no considerase siquiera la posibilidad de desestimar una demanda cuya pretensión fuese el cumplimiento de una obligación contractual contraída

Lo que hace la Ley 27291 de 2000 dentro del ordenamiento jurídico peruano, no es una enunciación expresa del principio de equivalencia funcional y no discriminación al estilo del art. 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, pero constituye igualmente el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, ya que en ella se equipara los medios electrónicos a otros medios con los que se suele manifestar la voluntad.⁵¹⁶

Adicionalmente, el art. 2 de la Ley 27291 de 2000 agregó el art. 141A al Código Civil respecto a cualquier formalidad que exija la ley: “En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo”.⁵¹⁷

Así las cosas, si el ordenamiento jurídico exige que la información conste por escrito, esta podrá ser suplida a través de medios electrónicos. En general, se equipara funcionalmente los medios electrónicos para efectos de cumplir las formalidades que pueda establecer la ley, sin que se establezca algún requisito adicional en la legislación peruana para la equivalencia funcional de los documentos electrónicos como documentos escritos, en contraste con los términos del art. 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.⁵¹⁸

En las disposiciones complementarias finales del Decreto Supremo 052 de 2008, Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales, específicamente

por medios electrónicos. [...] si bien con esta reforma nuestra legislación se ha adecuado a los avances tecnológicos que actualmente son fuentes esenciales de comunicación, en realidad no se ha alterado la manifestación de voluntad como elemento del acto jurídico. Ciertamente, con el artículo 141 original del Código Civil se podía arribar a la conclusión de que las manifestaciones o declaraciones de voluntad emitidas por medios electrónicos se encontraban incluidas dentro de dicho supuesto normativo”, Roxana Jiménez Vargas-Machuca, “La contratación electrónica y el comercio electrónico”, en *El impacto de las innovaciones tecnológicas en el derecho privado*, comp. Alfredo F. Soria Aguilar (Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2009), 53.

516 En la situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), no aparece Perú como un ordenamiento en el que se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo. La situación actual de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), puede ser consultada en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html, consulta: 9 de diciembre de 2014.

517 Perú, Ley 27291, *Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica*.

518 “El principio de equivalencia funcional ha resultado un verdadero incentivo para contratar por medios electrónicos, dado que si bien podía llegarse a similares conclusiones desde los ordenamientos nacionales (por el consensualismo imperante en los negocios, que rechaza el formalismo y más aún el ritualismo en aras del tráfico patrimonial), la etapa de transición podía haber sido más lenta y con mayores obstáculos hasta llegar a comprenderlo de ese modo”, Roxana Jiménez Vargas-Machuca, “La contratación electrónica y el comercio electrónico”, 63.

en la décima cuarta, se incluye un glosario de términos, en el que se define la equivalencia funcional como:

Principio por el cual los actos jurídicos realizados por medios electrónicos que cumplan con las disposiciones legales vigentes poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios convencionales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales. De conformidad con lo establecido en la ley y su reglamento, los documentos firmados digitalmente pueden ser presentados y admitidos como prueba en toda clase de procesos judiciales y procedimientos administrativos.⁵¹⁹

Asimismo, el Decreto Supremo 052 de 2008 establece la equivalencia funcional de los documentos electrónicos en relación con su firma (art. 3), su admisión como prueba (art. 4) y su conservación (art. 5).

El legislador peruano optó por modificar el Código Civil para darle reconocimiento jurídico a los mensajes de datos; sin embargo, prescindió especificar cómo se remplazaría a los documentos escritos, inadvertencia que constituye una barrera para la implementación del principio de equivalencia funcional y no discriminación. De igual manera, representa un distanciamiento de los instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico, lo que implica un retroceso en el proceso de armonización en la región.

Documento original

Bolivia

La Ley 164 de 2011 no hace alusión de forma expresa al equivalente funcional del documento original, tampoco lo hace el Decreto Supremo 1793 de 2013, contrastando con lo que aparecía en el art. 9 del Proyecto de Ley 080 de 2007, que indicaba lo siguiente:

I. Cuando para algún efecto legal se requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, se entenderá por original el soporte en el que por primera vez se consignó la información. II. Este requisito quedará satisfecho cuando: a) Exista garantías fidedignas de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como documento o en alguna otra forma. b) Que la información pueda ser presentada a la persona con interés legítimo, si fuera requerida. III. Este requisito se aplicará conforme lo dispuesto por el Código Civil, en todo lo que fuera pertinente.⁵²⁰

La primera parte del art. 9 del proyecto de ley, incluía la concepción tradicional de documento original, como el soporte en el que por primera

519 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

520 Bolivia, *Proyecto de Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico 080/2007*.

vez se consignó la información. Sin embargo, se trata de una visión incompatible con el comercio electrónico ya que el destinatario del mensaje de datos siempre recibiría una copia. De ahí la necesidad de adaptar la noción de original al contexto electrónico, determinando cómo los mensajes de datos podrían cumplir los mismos propósitos de los documentos originales en soporte papel. El resultado fue hacer énfasis en la integridad de la información, que es la función que desempeña el documento original, pero en el caso del comercio electrónico, independiente del soporte en que se consignó por primera vez. Por esta razón, la segunda parte del art. 9 del proyecto de ley, presenta alternativas mediante las cuales el requisito de original queda satisfecho en los mensajes de datos sin tener en cuenta el soporte en que se consignó por primera vez la información. Al efecto, se siguió de cerca el art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

No obstante, se debe tener en cuenta las observaciones sobre la entrada en vigencia de este proyecto de ley dentro de la legislación de Bolivia.

En el derecho boliviano, la función que se cumple con el requisito de documento original consistente en mantener la integridad de la información, tratándose de mensaje de datos, se lo ha vinculado implícitamente con la noción de firma. Esto ocurre en el art. 6 de la Ley 164 de 2011, que define firma digital como la firma electrónica que identifica únicamente a su titular y está vinculada a los datos del documento digital de modo tal que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia su alteración.⁵²¹ Es decir, una vez verificada la integridad de la información con la firma digital, ello permitiría atribuir la calidad de documento original. De igual manera pasa con el art. 4 del Decreto Supremo 1793 de 2013, en el que se establece el principio de integridad de los documentos digitales, como la característica única del mensaje electrónico de datos o documento digital ambos con firma digital, que indica que los mismos no han sido alterados en el proceso de transmisión desde su creación por parte del emisor hasta la recepción por el destinatario. El art. 26, del mismo decreto, establece como función del certificado digital garantizar la integridad del documento digital o mensaje electrónico con firma digital.⁵²²

En todos estos casos, la conservación de la integridad de la información puede llevar a considerar que se trata de un documento en su forma original, tal como lo establece el art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la única salvedad es la relación con una tecnología

521 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

522 Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

específica de firmas, lo que pondría en entredicho el principio de neutralidad tecnológica.

Colombia

La equivalencia funcional del documento original, se establece en el art. 8 de la Ley 527 de 1999:

Original. Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si: a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.⁵²³

En su mayoría, coincide con el art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Los criterios para evaluar la integridad y fiabilidad de la información que se incluyen en la ley modelo, fueron llevados al art. 9 de la Ley 527 de 1999.⁵²⁴

Es importante tener en cuenta que la tradicional idea de “original” como el soporte en el que por primera vez se consigna la información, no es aplicable para los mensajes de datos, puesto que sus destinatarios siempre recibirían copias. De ahí la utilidad de adaptar la noción de documento original para que no fuera obstáculo al desarrollo del comercio electrónico.⁵²⁵

523 Colombia, Ley 527, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

524 “Tratándose de documentos escritos, es usual solicitar los documentos originales para realizar transacciones sobre los mismos o reducir la posibilidad de fraude. El artículo 8º enuncia los requisitos mínimos para que un mensaje sea aceptable como el equivalente funcional de un original, vinculando el concepto de originalidad a un método de autenticación que garantice la inalterabilidad del documento, desde el momento en que se redactó y envió por primera vez el mensaje de datos”, Remolina, “Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro”, 148-9.

525 “[...] en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, a la integridad de la información para su originalidad y establece reglas que deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad. Asimismo, cuando el contenido de un mensaje de datos sea

El art. 8 de la ley modelo subraya la importancia de la integridad de la información para su originalidad y fija criterios que deberán tenerse en cuenta al evaluar la integridad: la consignación sistemática de la información, garantías de que la información fue consignada sin lagunas y protección de los datos contra toda modificación. El artículo vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación y se centra en el método de autenticación que debe utilizarse para cumplir el requisito.⁵²⁶

El legislador colombiano se basó en instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico para establecer el equivalente funcional del documento original. De la misma forma como lo hace la ley modelo, deja a un lado la concepción de documento original como el soporte en el que por primera vez se consignó la información, para hacer énfasis en el método que pueda asegurar la integridad de la información.

Normar la forma cómo los mensajes de datos cumplen las exigencias del documento original, significa superar un obstáculo que los ordenamientos jurídicos suelen incluir como exigencia para que las declaraciones de voluntad produzcan efectos jurídicos. Además, se contribuye con la consolidación de normas armónicas al incluir reglas en sintonía con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

Ecuador

El art. 7 de la Ley 67 de 2002 delimita en qué condiciones un mensaje de datos será considerado original:

Cuando la ley requiera u obligue que la información sea presentada o conservada en su forma original, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, si siendo requerido conforme a la ley, puede comprobarse que ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos. Se considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene completo e inalterable su contenido, salvo algún cambio de forma, propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.⁵²⁷

completo y esté inalterado, pero exista algún anexo inserto, este no afectará su condición de 'original'. Esas condiciones se considerarían escritos complementarios o serían asimiladas al sobre utilizado para enviar ese documento 'original'. Colombia, *Exposición de motivos ley 527 de 1999*.

526 Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 42-4.

527 Ecuador, *Ley 67, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

La integridad de los mensajes datos se definió en el art. 6 del Decreto Ejecutivo 3496 de 2002, Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, según el cual:

La consideración de integridad de un mensaje de datos, establecida en el inciso segundo del artículo 7 de la Ley 67, se cumple si dicho mensaje de datos está firmado electrónicamente. El encabezado o la información adicional en un mensaje de datos que contenga exclusivamente información técnica relativa al envío o recepción del mensaje de datos, y que no altere en forma alguna su contenido, no constituye parte sustancial de la información. Para efectos del presente artículo, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si esta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación.⁵²⁸

La equivalencia funcional del documento original en la Ley ecuatoriana de comercio electrónico, coincide con el art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. No obstante, en el reglamento a esta ley se condicionó la integridad de los mensajes de datos a que estén firmados electrónicamente, con lo que se le da prioridad a un método de autenticación en detrimento del principio de neutralidad tecnológica.

Perú

No se establece expresamente en el derecho peruano cómo quedará satisfecho el requisito de un documento original con un mensaje de datos. Con la modificación que la Ley 27291 de 2000 hizo al Código Civil peruano, equiparando los medios electrónicos a otros medios con los que se suele manifestar la voluntad, se les dio reconocimiento jurídico general a los mensajes de datos. Lo propio hace el Decreto Supremo 052 de 2008 que, al definir la equivalencia funcional, advierte que los actos jurídicos realizados por medios electrónicos que cumplan con las disposiciones legales vigentes poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios convencionales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales.

No cabe duda sobre la posibilidad de reemplazar a los documentos en soporte papel por los documentos en soporte electrónico. Pero no es tan claro cómo los documentos en soporte electrónico pueden suplir las mismas funciones del documento original en soporte papel.

Al parecer, de lo que se puede inferir de la Ley 27269 de 2000 y del Decreto Supremo 52 de 2008, en el derecho peruano, la función que desempeña un documento original, cual es que se haya conservado la integridad

528 Ecuador, Decreto Ejecutivo 3496, *Reglamento General para la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

de la información, se asoció con el concepto de firma electrónica y firma digital. Así, el art. 2 de la Ley 27269 señala como función de la firma electrónica la de garantizar la integridad de los documentos electrónicos. A su vez, el art. 4 del Decreto Supremo 52 de 2008, determinó que la firma digital generada en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica garantiza el no repudio del documento electrónico original. Igualmente, el art. 6 señala que la firma digital es aquella firma electrónica que, utilizando una técnica de criptografía asimétrica, permite garantizar la integridad del contenido y detectar cualquier modificación ulterior. Por otra parte, en el glosario de términos incorporado en el Decreto mencionado, se estipuló que la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, proporciona diversos niveles de seguridad respecto de la integridad de los documentos electrónicos. Finalmente, se definió la integridad como la característica que indica que un documento electrónico no ha sido alterado desde la transmisión por el iniciador hasta su recepción por el destinatario.

Si la firma electrónica y particularmente la firma digital conservan la integridad de la información, en los términos del art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, los mensajes de datos podrían satisfacer el requisito de documento original. El riesgo que se corre es confundir documento original con documento firmado, además solo considerar documento original aquel que cumpla con una tecnología específica de firmas va en contravía con la neutralidad tecnológica.

La noción de firma

Bolivia

Dentro de la legislación boliviana aparecen dos significados de firma en el ámbito del comercio electrónico, la firma digital y la firma electrónica. El art. 6 de la Ley 164 de 2011 establece que la firma digital: “Es la firma electrónica que identifica únicamente a su titular, creada por métodos que se encuentren bajo el absoluto y exclusivo control de su titular, susceptible de verificación y está vinculada a los datos del documento digital de modo tal que cualquier modificación de los mismos ponga en evidencia su alteración”.⁵²⁹

De la reglamentación que aparece en el Decreto Supremo 1793 de 2013, se desprende que la firma digital es una especie de firma basada en la criptografía de clave pública, cuyos componentes son: un signatario, una clave privada, una clave pública, la infraestructura nacional de certificación

529 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

digital y las entidades de certificación.⁵³⁰ Esta afirmación tiene sustento igualmente porque cuando se fijan las condiciones mínimas de la firma digital, se resalta la presencia de un certificado digital emitido por una entidad de certificación.⁵³¹

El otro significado corresponde al consagrado en el art. 3 del Decreto Supremo 1793 de 2013, según el cual la firma electrónica: “Es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carece de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”.⁵³²

Al existir en el contexto electrónico dentro del derecho boliviano dos significados de la noción de firma, surge la duda sobre cuál es el equivalente funcional de la firma tradicional, si la firma digital o la firma electrónica.

Los elementos que aporta el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, para que el requisito de la firma quede satisfecho con un mensaje de datos son: El uso de un método fiable y apropiado para la identificación de una persona, y que indique la aprobación de la información contenida en el mensaje de datos.

Las exigencias de la ley modelo para la equivalencia funcional de las firmas en los mensajes de datos, se podrían cumplir tanto con la firma electrónica como con la firma digital. Sin embargo, si se le da prioridad a la firma digital sobre la firma electrónica, como al parecer está ocurriendo dentro del derecho boliviano, se estaría afectando el principio de equivalencia funcional y no discriminación, puesto que se cuestiona o se ve con desconfianza cualquier firma que no esté basada en la criptografía de clave pública. Al mismo tiempo, se vulnera el principio de neutralidad

530 Ver artículo 3, Decreto Supremo 1793 de 2013.

531 El artículo 33 del Decreto Supremo 1793 de 2013 delimita las características de la firma digital de la siguiente manera: “Debe cumplir mínimamente las siguientes condiciones: a) Estar vinculada a un certificado digital de manera que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; b) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; c) Haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable; d) Ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control y la firma sea controlada por la persona a quien pertenece; e) Contener información vinculada exclusivamente a su titular; f) Permitir verificar unívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación; g) Que el método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual fue generado un registro de creación de la firma; h) Que los datos sean susceptibles de verificación por terceros; i) Que al momento de creación de la firma digital, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario; j) Que la firma digital sea controlada por la persona a quien pertenece”, Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

532 Bolivia, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, 7*.

tecnológica, en la medida en que se considera equivalente funcional de la firma solo a algunos métodos de identificación relacionados con específicas tecnologías de firmas.

Colombia

La noción de firma complementa la equivalencia funcional de los mensajes de datos. En la Ley 527 de 1999, se incluyeron dos acepciones de firma aplicables en el contexto electrónico. Una de ellas, desde una perspectiva genérica, aparece en el art. 7:

Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si: a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación; b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.⁵³³

La otra acepción de firma, más específica, que incluye la Ley de Comercio Electrónico colombiana, se encuentra en el lit. c), del art. 2, relativo a definiciones:

Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.⁵³⁴

533 Colombia, Ley 527, Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Esta regulación de la firma es coincidente con el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUMDI sobre comercio electrónico. Naciones Unidas, CNUMDI, *Ley modelo de la CNUMDI sobre comercio electrónico 1996*.

534 "A través de la firma digital se pretende garantizar que un mensaje de datos determinado proceda de una persona determinada; que ese mensaje no hubiera sido modificado desde su creación y transmisión y que el receptor no pudiera modificar el mensaje recibido. Una de las formas para dar seguridad a la validez en la creación y verificación de una firma digital es la Criptografía, la cual es una rama de las matemáticas aplicadas que se ocupa de transformar, mediante un procedimiento sencillo, mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlas a su forma original. Mediante el uso de un equipo físico especial, los operadores crean un par de códigos matemáticos, a saber: una clave secreta o privada, conocida únicamente por su autor, y una clave pública, conocida del público. La firma digital es el resultado de la combinación de un código matemático creado por el iniciador para garantizar la singularidad de un mensaje en particular, que separa el mensaje de la firma digital y la integridad del mismo con la identidad de su autor. La firma digital debe cumplir idénticas funciones que una firma en las comunicaciones consignadas en papel. En tal virtud, se toman en consideración las siguientes funciones de esta: Identificar a una persona como el autor; dar certeza de la participación

La firma digital es también llamada firma numérica basada en la criptografía de clave pública. En la infraestructura de clave pública es fundamental la intervención de un prestador de servicios de certificación, quien verificará, a partir de la clave pública, si un mensaje de datos fue generado con la clave privada del iniciador, y que el mensaje inicial no ha sido modificado.⁵³⁵

El contraste existente en el derecho colombiano entre estas dos formas de concebir la firma en el ámbito electrónico, podría llevar a pensar, de manera equivocada, que la única que puede tener equivalencia funcional con la firma autógrafa sea la firma digital. Sin embargo, hay que aclarar que la relación existente entre firmas electrónicas (art. 7, Ley 527 de 1999) y firmas digitales (lit. c), art. 2, Ley 527 de 1999), es de género a especie. Es decir, toda firma digital es una firma electrónica, pero no toda firma electrónica es una firma digital, toda vez que pueden existir otras clases de firmas electrónicas que no sean firmas digitales. La firma electrónica equivale funcionalmente a la firma autógrafa en el entendido en que se utilice un método confiable como apropiado que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos, e indicar que el contenido cuenta con su aprobación.⁵³⁶

exclusiva de esa persona en el acto de firmar; asociar a esa persona con el contenido del documento. Concluyendo, es evidente que la transposición mecánica de una firma autógrafa realizada sobre papel y replicada por el ordenador a un documento informático no es suficiente para garantizar los resultados tradicionalmente asegurados por la firma autógrafa, por lo que se crea la necesidad de que existan establecimientos que certifiquen la validez de esas firmas. Por lo tanto, quien realiza la verificación debe tener acceso a la clave pública y adquirir la seguridad que el mensaje de datos [que] viene encriptado corresponde a la clave privada del firmante; son las llamadas entidades de certificación [...]”. Colombia, *Exposición de motivos, Ley 527 de 1999*.

535 La CNUDMI ha tratado de elaborar una legislación uniforme que pueda facilitar el empleo tanto de las firmas numéricas como de otras formas de firmas electrónicas. A ese fin, la CNUDMI ha tratado de abordar las cuestiones jurídicas de las firmas electrónicas a un nivel intermedio entre la gran generalidad de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la especificidad que podría requerirse al abordar una técnica de firma determinada. En cualquier caso, y siguiendo el criterio de neutralidad respecto de los medios técnicos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, no debe interpretarse que la Ley Modelo desaliente el empleo de cualquier método de firma electrónica ya existente o que pueda aplicarse en el futuro”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 25.

536 “[...] con miras a permitir la utilización de medios electrónicos de autenticación se examinaron los requisitos jurídicos de la firma manuscrita u otro medio de autenticación sobre papel. Es por eso que el artículo 7 de la Ley 527 de 1999 se basa en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en los documentos físicos, las cuales deben ser cumplidas en los documentos electrónicos, enfocándose en los siguientes roles de la firma: a) identificar a una persona; b) dar certeza a la participación personal de esa persona en el acto de firmar; y c) asociar a esa persona con el contenido de un documento (confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento)”. Remolina, “Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro”, 148.

Justamente, en el decreto 2364 de 2012, “por medio del cual se reglamenta el art. 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones”, se define firma electrónica como:

Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente.⁵³⁷

Así las cosas, el Decreto 2364 de 2012 retomó dentro del derecho colombiano los equivalentes funcionales de la firma electrónica regulada en el art. 7 de la Ley 527 de 1999, la que a su vez corresponde a la contenida en el art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

Ecuador

El art. 13 de la Ley 67 de 2002 determina que la firma electrónica: “Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos”.⁵³⁸

Adicionalmente, el art. 14 de la norma en cita, señala los efectos de la firma electrónica: “La firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio”.⁵³⁹

En líneas generales, la regulación del art. 13 de la Ley 67 de 2002, es acorde con lo dispuesto por el art. 7 de la LMCE. Las dos normas se centran en la función de la firma de identificar a un sujeto y de aprobar la información incorporada en el mensaje de datos. No obstante, más que en el art. 7 de la LMCE, la Ley ecuatoriana de comercio electrónico ha sido influenciada por el literal a) del art. 2 de la LMFE.

La Ley 67 de 2002 establece una conexión entre las firmas electrónicas, los certificados de firma electrónica y las entidades de certificación de información, haciendo énfasis en las firmas con infraestructura de clave pública. No obstante, en la cuarta de las disposiciones generales se hace la siguiente advertencia: “No se admitirá ninguna exclusión, restricción o limitación al

537 Colombia, Decreto 2364, *Por medio del cual se reglamenta el artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.*

538 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.*

539 *Ibid.*

uso de cualquier método para crear o tratar un mensaje de datos o firma electrónica, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la presente ley y su reglamento". En el mismo sentido, el art. 10 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Decreto Ejecutivo 3496 de 2002, establece que la firma electrónica es aceptada bajo el principio de neutralidad tecnológica, que no restringen el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública, y que la firma electrónica es respaldada por el principio de no discriminación a cualquier tipo de firma electrónica, así como a sus medios de verificación o tecnología empleada.

Perú

La Ley 27269 de 2000 establece en el artículo 1.- "[...] Entiéndase por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita". Por su parte, sostiene el artículo 2.- "La presente ley se aplica a aquellas firmas electrónicas que, puestas sobre un mensaje de datos o añadidas o asociadas lógicamente a los mismos, puedan vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos".⁵⁴⁰

A su vez, indica el artículo 3.- "La firma digital es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ellas la clave privada".⁵⁴¹

En la Ley 27269 de 2000 se conjugan los conceptos de firma digital, certificado digital y entidades de certificación. Por esta razón, el Reglamento de la Ley de firmas y certificados digitales, Decreto Supremo 52 de 2008, prescribe en el art. 3 sobre la validez y eficacia de la firma digital:

La firma digital generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita. En tal sentido, cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito se entenderá cumplido en relación con un documento electrónico si se utiliza una firma digital generada en el marco de la Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica.⁵⁴²

En el derecho peruano, la equivalencia funcional de la firma en los mensajes de datos solo se dará con el uso de la firma digital, en otras palabras,

540 Perú, Ley 27269, *Ley de firmas y certificados digitales*.

541 *Ibid.*

542 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

cuando se trate de la firma en cuya configuración se emplee la infraestructura de clave pública.⁵⁴³

De esta manera, la legislación del Perú se distancia de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y firmas electrónicas, puesto que se identifica con una tecnología específica de firmas electrónicas, contradiciendo el principio de neutralidad tecnológica.⁵⁴⁴ Paradójicamente, en la décima cuarta de las disposiciones complementarias finales del Decreto Supremo 52 de 2008, en el que se incluye un glosario de términos, se afirma que la neutralidad tecnológica: “[...] implica la no discriminación, preferencia o restricción de ninguna de las diversas técnicas o tecnologías que pueden utilizarse para firmar, generar, comunicar, almacenar o archivar electrónicamente información”.⁵⁴⁵

Con todo, la tercera de las disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Ley 27269 de 2000, deja abierta la posibilidad que se apruebe la utilización de otras tecnologías de firmas electrónicas, supeditadas a la reglamentación correspondiente.

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

Para reconocerle efectos jurídicos a los mensajes de datos, se analizó de qué manera podrían cumplir las mismas funciones que los documentos en soporte papel, procurando superar obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico. Ello motivó adaptar conceptos como escrito, original y firma. Así, cumpliendo ciertas exigencias, los mensajes de datos tienen el mismo valor jurídico que los documentos tradicionales. Ahora bien, tales efectos jurídicos serían incompletos si se presenta algún tropiezo para que sean admitidos como medio de prueba dentro de un proceso judicial.

Bolivia

Según el art. 78 de la Ley 164 de 2011, el acto o negocio jurídico realizado en documento digital y aprobado por las partes a través de firma digital celebrado por medio electrónico u otro de mayor alcance tecnológico, el

543 “La mencionada ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica y también la digital, pero otorgándole solo a la firma digital la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad”. Raúl Galdo Marín, “Comercio electrónico y seguridad jurídica. La firma digital”, en *El Derecho frente a la ciencia y la tecnología*, coord. Carlos Enrique Becerra Palomino (Lima: PUCP, 2007), 761.

544 “Nuestra legislación no puede favorecer a una tecnología en particular y con ello los intereses económicos de aquellos que han desarrollado esa tecnología, así lo han entendido nuestros legisladores que si bien admiten el principio de neutralidad tecnológica desarrollan y promueven implícitamente la firma digital”, Galdo, “Comercio electrónico y seguridad jurídica. La firma digital”, 763.

545 Perú, Presidencia de la República, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

mensaje electrónico de datos y la firma digital, tiene validez probatoria. Esta disposición se complementa con lo estipulado en el art. 79, que exceptúa ciertos actos de su celebración por medios electrónicos: los actos propios del derecho de familia, los actos en que la ley requiera la concurrencia personal física de alguna de las partes, y los actos o negocios jurídicos señalados en la ley que, para su validez o producción de determinados efectos, requieran de documento físico o por acuerdo expreso de partes.⁵⁴⁶

En cuanto a su valoración probatoria, el art. 87 de la Ley 164 de 2011 determina que:

I. Los documentos digitales carentes de firma digital, serán admisibles como principio de prueba o indicios. II. Se tomará en cuenta la confiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado y comunicado el documento digital, la forma en que se haya conservado la integridad de la información, y la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.⁵⁴⁷

El legislador boliviano admite como prueba los mensajes de datos en concordancia con el art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; pero, respecto a la fuerza probatoria de los mensajes de datos, se les da a los documentos digitales con firma digital un tratamiento diferencial frente a aquellos que no la posean. Si el documento digital tiene firma digital tendrá pleno valor probatorio, de lo contrario, solo será principio de prueba o indicio.⁵⁴⁸

Todo documento digital que no tenga firma digital, el cual es considerado principio de prueba o indicio, será valorado con unos criterios idénticos a los incluidos en el num. 2 del art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico: 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, y la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

546 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

547 *Ibíd.*

548 Según el artículo 34 (validez de la firma digital) del Decreto Supremo 1793 de 2013, “[...] II. Los mensajes electrónicos de datos o documentos digitales ambos con firma digital adquieren plena validez jurídica probatoria bajo las siguientes condiciones: a) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular; b) Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante procedimientos de autenticación y de seguridad y esté conforme a la normativa vigente; c) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado; d) Que al momento de creación de la firma digital, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario; e) Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece”, Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

Este tratamiento probatorio diferencial que se le da al documento digital con firma digital puede tener fundamento en un momento en el que las firmas con infraestructura de clave pública tienen cierta difusión, empero, se estaría discriminando otras técnicas de autenticación que ya existan o se creen en el futuro, desconociéndoseles de entrada el posible valor de plena prueba. No es adecuado vincular la regulación del comercio electrónico con tecnologías específicas, ya que corre el riesgo de volverse obsoleta.

Colombia

El legislador colombiano abordó el aspecto probatorio de los mensajes de datos en el art. 10 de la Ley 527 de 1999:

Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho de que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.⁵⁴⁹

Adicionalmente, el art. 11 de la Ley 527 de 1999, determinó algunas reglas para la valoración probatoria de los mensajes de datos:

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.⁵⁵⁰

549 "Alcance Probatorio. El proyecto de ley establece que los mensajes de datos se deben considerar como medios de prueba, equiparando los mensajes de datos a los otros medios de prueba originalmente escritos en papel. [...] Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor", Colombia, *Exposición de motivos, Ley 527 de 1999*.

550 "Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente", *ibíd.*

El art. 10 de la Ley 527 de 1999 inicia con el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos como medio de prueba, atribuyéndoles el mismo valor probatorio que a los documentos, y finaliza rememorando el principio de no discriminación de los mensajes de datos como medio de prueba. La segunda parte de esta norma quedó redactada de manera imprecisa, puesto que se utilizó la expresión “[...] de no haber sido presentado en su forma original”, dando a entender que por la no discriminación cualquier mensaje de datos podría suplir la exigencia legal de documento original, incluso contrariando lo dispuesto por el art. 8 de la misma Ley 527 de 1999.

La razón de esta imprecisión, es que el legislador colombiano no tuvo en cuenta que tal hipótesis estaba prevista en la LMCE para ciertos países de tradición anglosajona afines al concepto de “la mejor prueba”, pues en el art. 9 se incluyó como posible circunstancia de discriminación de los mensajes de datos el hecho de no haber sido presentado en su forma original “[...] de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta”. Motivo por el que se les sugirió a los países ajenos al concepto de “mejor prueba” que no hicieran alusión a ella.⁵⁵¹ Esta recomendación no fue seguida en la Ley 527 de 1999 y quedó a medias, lo cual da lugar a pensar erróneamente que, aunque la ley exija que ciertos documentos sean presentados en original, el juez no podría rechazar una prueba por no cumplir este requisito.⁵⁵² Así las cosas, el hecho de dársele reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como prueba, no elimina la eventual exigencia legal del documento original cuyo equivalente funcional está consagrado en el art. 8 de la Ley 527 de 1999.

En complemento, el art. 11 de la Ley 527 de 1999, delimitó algunas reglas para la valoración probatoria de los mensajes de datos, hace alusión a las reglas de la sana crítica, e incluye los criterios ya reseñados del art. 9 de la LMCE.

Los dos artículos citados, corresponden a una adaptación al derecho colombiano del art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. En aplicación del principio de equivalencia funcional, se le da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como medios de prueba; de igual forma, en alusión al principio de no discriminación, se prohíbe negarle eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a los mensaje de datos.

551 Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996*, 46.

552 Milena Quijano Zapata, “Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital”, en *Sociedad de la información digital: Perspectivas y alcances*, comp., Daniel Peña Valenzuela (Bogotá: UEC, 2007), 32.

El legislador colombiano al dar reconocimiento jurídico a los mensajes de datos como medio de prueba, y para efectos de establecer su fuerza probatoria, remitió a las reglas aplicables a la prueba documental, sin consagrar reglas especiales en atención a que los documentos estén o no firmados digitalmente, lo que les permitirá a estas normas adaptarse frente a los cambios tecnológicos.

Ecuador

Respecto de la admisibilidad probatoria de los mensajes de datos, el art. 52 de la Ley 67 de 2002 determinó que:

Los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba. Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.⁵⁵³

En el art. 53 de la Ley 67 de 2002, se estableció una presunción cuando se presentare como prueba una firma electrónica certificada por una entidad de certificación de información acreditada, consistente en considerar que reúne los requisitos determinados en la ley, y que, por consiguiente, los datos de la firma electrónica no han sido alterados desde su emisión y que la firma electrónica pertenece al signatario.

El art. 55 de la Ley 67 de 2002 precisa reglas en relación con la valoración probatoria de los mensajes de datos:

La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectúe con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos. Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas.⁵⁵⁴

553 Para la interpretación de esta norma se debe tener en cuenta que según el artículo 2 de la ley 67 de 2002: "Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento", Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*. El artículo 17 del Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico, Decreto Ejecutivo 3496 de 2002, señala que: "[...] Los certificados de firma electrónica emitidos por las entidades de certificación de información que, además de registrarse, se acrediten voluntariamente en el CONELEC, tienen carácter probatorio", Ecuador, Decreto Ejecutivo 3496, *Reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

554 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

En cuanto a la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, el legislador ecuatoriano es coherente con el principio de equivalencia funcional y no discriminación, tal como es concebido por el art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Con expresiones distintas reconoce como prueba a los mensajes de datos, consiguiendo el mismo resultado perseguido por el num. 1 del art. 9 de la ley modelo. A su vez, se les concede fuerza probatoria a los mensajes de datos y se fijan criterios para su valoración teniendo en cuenta parte de los señalados en el num. 2 del art. 9 de la ley modelo.⁵⁵⁵

Cabe destacar, cómo en la legislación ecuatoriana tiene un estatus probatorio diferente la firma electrónica certificada, puesto que está amparada con una presunción en cuanto al cumplimiento de requisitos legales, la integridad de los datos y su autenticidad. Esta presunción es una opción legislativa que no va en desmedro de la admisibilidad y fuerza probatoria de mensajes de datos que no cuenten con firma electrónica certificada, ni corresponde a una adhesión irrestricta a una tecnología específica de firmas que vaya en detrimento de la neutralidad tecnológica.

Con todo, es posible que en la práctica judicial sea mal interpretado el estatus probatorio especial de la firma electrónica certificada, y que se termine imponiendo como regla general para la admisibilidad probatoria de los mensajes de datos la exigencia que, en todos los casos, estén acompañados de firma electrónica certificada. Lo cual resulta contraproducente, pues se le estaría dando reconocimiento jurídico como prueba solamente a los mensajes de datos que cumplan con una tecnología específica de firmas, en desmedro de los que no la tienen. Los mensajes de datos que no cuenten con firma electrónica certificada también pueden ser admitidos como pruebas en juicio, y si no hay certeza sobre la integridad de la información o de su autenticidad, se podrá designar perito para que realicen los estudios técnicos de las pruebas presentadas.

Perú

Dentro del derecho peruano, el manejo probatorio de los mensajes de datos se encuentra regulado en el Reglamento de la Ley de Firmas y

555 “Esta ley, además de ser la más completa al momento de otorgar valor probatorio a los mensajes de datos, es igualmente amplia en su campo de aplicación, ya que establece que los mensajes de datos pueden aplicarse en cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, los cuales, cumpliendo las formalidades y solemnidades respectivas, pueden ser equivalentes a los documentos escritos. [...] Es la única ley que regula el procedimiento que hay que seguir al momento de la práctica de la prueba y de las notificaciones electrónicas”, Ana Yasmin Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012), 59-60.

Certificados Digitales, Decreto Supremo 052 de 2008. En su art. 4 se incluyen reglas sobre los documentos firmados digitalmente como medio de prueba:

Los documentos electrónicos firmados digitalmente dentro del marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica deberán ser admitidos como prueba en los procesos judiciales y/o procedimientos administrativos, siempre y cuando la firma digital haya sido realizada utilizando un certificado emitido por una Entidad de Certificación acreditada en cooperación con una Entidad de Registro o Verificación acreditada [...].⁵⁵⁶

En ese sentido, en Perú, la equivalencia funcional de los mensajes de datos como medio de prueba se restringe a aquellos documentos firmados digitalmente. Pareciera entonces, que los mensajes de datos que no estén firmados digitalmente no pudieran ser presentados ni admitidos como prueba en trámites judiciales ni administrativos.⁵⁵⁷

Esta conclusión va en contravía de la equivalencia funcional y no discriminación de los mensajes de datos como medios de prueba perseguida por el art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Precisamente, el num. 1, insta a la admisión como prueba de los mensajes de datos sin ningún tipo de distinción; y el num. 2, reclama que toda información presentada en forma de mensaje de datos goce de la debida fuerza probatoria.⁵⁵⁸

La admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos se está amarrando a una tecnología específica de firmas, la infraestructura de clave pública, bloqueando como prueba a mensajes de datos que hagan uso de otras tecnologías de autenticación existentes o que

556 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

557 En el glosario de términos que se incluye en el Decreto Supremo 52 de 2008, se define equivalencia funcional de la siguiente manera: "Principio por el cual los actos jurídicos realizados por medios electrónicos que cumplan con las disposiciones legales vigentes poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios convencionales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales. De conformidad con lo establecido en la ley y su reglamento, los documentos firmados digitalmente pueden ser presentados y admitidos como prueba en toda clase de procesos judiciales y procedimientos administrativos", Perú, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

558 "Podemos observar que la legislación peruana únicamente establece que se pueden admitir como prueba los documentos firmados electrónicamente en los despachos judiciales. Como vemos, no se equiparan los documentos manuscritos a los electrónicos, y se admiten únicamente si están firmados electrónicamente. Así pues, si estamos frente a una mera declaración de voluntad que no está suscrita por firma electrónica pero es evidente que proviene de determinada persona, no podría ser presentada en juicio. Es la única norma que establece dentro de su texto la posibilidad para que se solicite la intervención de un perito, en caso de ser necesario, para la apreciación de la prueba", Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico*, 61.

llegare a existir. En últimas, en detrimento del principio de neutralidad tecnológica.⁵⁵⁹

El empleo de las comunicaciones electrónicas en la formación de los contratos

Finalmente, en aplicación del principio de equivalencia funcional y no discriminación, es de resaltar cómo los mensajes de datos pueden equipararse a las comunicaciones tradicionales en la formación de los contratos.

Bolivia

Sobre la oferta electrónica de bienes y servicios, el art. 85 de la Ley 164 de 2011, establece que: “La oferta de bienes y servicios por medios digitales, que cumplan con las condiciones generales y específicas que la Ley impone, debe ser realizada en un ambiente técnicamente confiable y en las condiciones que establece el Código de Comercio”. Por su parte, el art. 86 hace alusión a la validez de los contratos electrónicos: “I. Las partes podrán realizar transacciones comerciales mediante documento digital en las condiciones señaladas en la ley. II. Lo dispuesto en el presente capítulo no será aplicable a aquellos contratos en los cuales la ley o el mismo contrato excluya expresamente la validez de los documentos digitales”.⁵⁶⁰

Si bien, el art. 85 de la Ley 164 de 2011 no hace una referencia directa a que en la formación de un contrato, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos al estilo de la primera parte del art. 11 de la LMCE, sí reconoce implícitamente la posibilidad jurídica que la oferta de bienes y servicios se haga por medios digitales. En cambio, el art. 86 de la citada ley, expresamente les da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos en el ámbito contractual, generando el mismo efecto de lo dispuesto en la segunda parte del art. 11 de la LMCE.

Colombia

La equivalencia funcional de los mensajes de datos en la formación de los contratos la establece el art. 14 de la Ley 527 de 1999: “Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso

559 “[...] el artículo octavo del Reglamento señala que tratándose de mensaje de datos o documentos firmados electrónicamente con firmas generadas bajo la infraestructura oficial de la firma electrónica, se presume que el mensaje que el documento o mensaje de datos fue enviado y firmado por su titular, de manera tal que identifica y vincula al firmante y garantiza la autenticación e integridad del mismo. A la fecha solo se ha regulado la infraestructura oficial de la firma digital, por ende, solo a este tipo de tecnología se otorga el mismo valor probatorio que la firma ológrafa”, Galdo, “Comercio electrónico y seguridad jurídica. La firma digital”, 765.

560 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”.⁵⁶¹

Con notable influencia del art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el art. 14 de la Ley 527 de 1999 establece el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos en la formación de los contratos. Los avances en las tecnologías de la información y comunicación brindan a las partes contratantes una plataforma alterna para hacer declaraciones de voluntad en la que actos preparatorios del contrato, como la oferta y la aceptación, son comunicadas por medio de mensajes de datos, por lo que tal disposición es necesaria, ya que se requiere de certeza sobre la viabilidad jurídica del perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos.⁵⁶²

Ecuador

El art. 45 de la Ley 67 de 2002 consagra la validez de los contratos electrónicos en los siguientes términos: “Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos”.⁵⁶³

Esta norma introduce al derecho ecuatoriano la equivalencia funcional de los mensajes de datos para la formación y validez de los contratos dispuesta por el art. 11 de la LMCE. De la misma manera como lo hace la Ley Modelo, en la primera parte se les da reconocimiento jurídico a los mensajes de datos para la formación de los contratos, en la segunda parte

561 Colombia, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*.

562 “El artículo no trata solamente de la formación del contrato sino también de la forma en que cabría expresar la oferta y la aceptación de la misma. En ciertos países, una disposición enunciada en los términos del párrafo 1) podría considerarse como la mera expresión de algo evidente como que la oferta y la aceptación pueden ser comunicadas por cualquier medio, incluidos los mensajes de datos. No obstante, la disposición es necesaria debido a la incertidumbre que subsiste en numerosos países sobre la posibilidad de que un contrato pueda perfeccionarse válidamente por medios electrónicos. Esa incertidumbre dimana del hecho de que, en ciertos casos, los mensajes de datos en los que se expresaban la oferta y la aceptación bien eran generados por una terminal informática sin que hubiera una intervención humana inmediata, dando así lugar a dudas en cuanto a la expresión de voluntad de las partes. Otra razón de esa incertidumbre era inherente a la modalidad de comunicación y se debe a la ausencia de un documento escrito”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 48.

563 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

se indica que no se debe discriminar a un contrato por usar mensajes de datos en su formación.

El legislador ecuatoriano implementó reglas en la formación de los contratos por medios electrónicos acorde a los instrumentos internacionales, con lo que supera una de los obstáculos para el desarrollo de esta especial forma de comercio, consistente en la incertidumbre que podría generar la sustitución de las tradicionales formas de comunicación de las declaraciones de voluntad, oral o escrito, por mensajes de datos. No solo en el momento del perfeccionamiento del contrato, sino también en los actos previos, como la oferta y la aceptación.

Perú

La Ley 27291 de 2000 modificó el Código Civil peruano, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad. El art. 1 de la mencionada Ley, modificó el art. 141 del Código Civil referente a la manifestación de voluntad, según el cual: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. [...]”.⁵⁶⁴

Igualmente, el art. 1 modificó el art. 1374 del Código Civil atinente al conocimiento y contratación entre ausentes, cuyo tenor literal quedó de la siguiente manera:

La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.⁵⁶⁵

Además, el art. 2 adicionó el art. 141-A al Código Civil sobre la formalidad, estableciendo que: “En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo”.

Las modificaciones hechas por la Ley 27291 de 2000 al Código Civil peruano, implicaron la adopción de la equivalencia funcional y no

⁵⁶⁴ Perú, Ley 27291, *Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica*.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

discriminación de los mensajes de datos en la formación y validez de los contratos, en concordancia con lo indicado por el art. 11 de la LMCE.⁵⁶⁶

Desempeño del principio de equivalencia funcional y no discriminación en los países de la Comunidad Andina

El principio de equivalencia funcional y no discriminación es acogido en todos los países de la CAN, es así como, sin excepción, se le ha dado reconocimiento jurídico a los mensajes de datos. Pese a ello, en algunas legislaciones como Bolivia y Perú aún existen vacíos sobre el equivalente funcional del mensaje de datos como documento escrito y original. En estos países, la función que desempeña un documento original, cual es que se haya conservado la integridad de la información, se ha vinculado con el concepto de firma.

En Colombia y Ecuador la noción de firma electrónica concuerda con la LMCE, no obstante, en Bolivia y Perú se le da prioridad a las firmas con infraestructura de clave pública.⁵⁶⁷

En todos los países de la subregión se reconoce la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, pero en Bolivia y Perú se le da un tratamiento diferencial a los documentos electrónicos con firma digital o firma con infraestructura de clave pública. Exigir que un mensaje de datos esté firmado digitalmente para admitirlo como prueba o para darle

566 “Las modificaciones a los artículos 141, 1374 y la inclusión del artículo 141A pretenden dar eficacia a declaraciones de voluntad que, en nuestra opinión, ya la tenía con las normas originales. Como señala Carlos Soto el Código Civil no regulaba ni señalaba la contratación por teléfono, ni por fax, ni por télex, ni por correo de manera específica, pero se entendía que estaba incluidas en el enunciado general. Sí tiene alguna importancia que el artículo 1374 precise ahora que la declaración contractual se presume recibida cuando el remitente reciba el acuse de recibo y que se reconozca que el cumplimiento del requisito de firma puede cumplirse a través del uso de una firma digital. En todo caso, la legislación peruana contiene algunas precisiones útiles aunque en general la mayoría de las normas aprobadas tendrán, aparentemente, una vigencia muy relativa y una aplicación poco frecuente”, Alfredo Bullard González, “La fábula de los tres chanchitos. Internet y los nuevos paradigmas contractuales”, en *Instituciones de derecho privado. Comercio electrónico*, dir. Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila (Lima: Ara, 2003), 111.

567 “Colombia habla sobre un ‘valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos’, Ecuador indica: ‘son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos’, en Perú se menciona: ‘cualquier símbolo avanzado en medios electrónicos’ [...] En esencia la firma digital es la misma siempre, tecnológicamente hablando, es por ello que esta diversidad de definiciones (que además comparadas con las otras de la región) también encuentra divergencias semánticas y doctrinales que en esencia generan diversas consecuencias jurídicas. Es decir a diferencia de otras temáticas donde la costumbre social local genera diferencias sobre un mismo tema (al tener puntos de análisis distinto), no es factible entender de diferentes maneras un fenómeno tecnológico (como el de la firma digital)”, Erick Iriarte Ahon, *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe* (Santiago de Chile: Naciones Unidas / CEPAL, 2005), 16.

cierto valor probatorio, contraría el principio de equivalencia funcional y no discriminación, ya que este se orienta a su admisión como prueba, pero sin distinción alguna, además que gocen de la debida fuerza probatoria en las mismas condiciones jurídicas que las comunicaciones empleadas en el comercio tradicional.

En la formación de los contratos, los ordenamientos jurídicos andinos son compatibles al equiparar los mensajes de datos a las comunicaciones tradicionales.

Neutralidad tecnológica

Recordemos que el principio de neutralidad tecnológica se dirige a que la normatividad aplicable al comercio electrónico no se circunscriba a una tecnología determinada, y en esa medida, ante los permanentes cambios que se dan a nivel tecnológico, no sea necesario modificar sus reglas. Para analizar el desempeño que ha tenido este principio nos limitaremos a dos aspectos: la noción de mensaje de datos y la de firma electrónica.⁵⁶⁸

Los mensajes de datos

Bolivia

En la legislación boliviana, se emplean las expresiones documento digital, mensaje electrónico de datos y mensaje de datos, dándoseles validez jurídica y probatoria. En el art. 6 de la Ley 164 de 2011, se define documento digital de la siguiente forma: “Es toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”.⁵⁶⁹

En complemento, el art. 3 del Decreto Supremo 1793 de 2013, en el contexto de las firmas y certificados digitales, define al mensaje electrónico de datos así: “Es toda información de texto, imagen, voz, video y datos codificados digitalmente, creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que pueden ser intercambiados por cualquier sistema de comunicación electrónico”.⁵⁷⁰

568 “Principio que permite dar perdurabilidad a las normas’. Es el principio que establece que la ley y su implementación no debe estar atada a una tecnología en particular, sino que debe considerar las tecnologías que propiciaron su elaboración y reglamentación, así como las tecnologías que se están desarrollando y están por desarrollarse”, Secretaría Permanente del SELA, *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe* (Caracas: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2012), 7.

569 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

570 Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

Incluso, el mismo artículo, en las definiciones respecto a comercio electrónico, señala que el mensaje de datos es: “La información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.⁵⁷¹

Tanto las definiciones de la Ley 164 de 2011 como las del Decreto Supremo 1793 de 2013, a pesar de las aparentes diferencias, son coincidentes. En todas ellas se hace énfasis en la información en soporte electrónico, y se aborda de una manera genérica para que no se limite a ninguna tecnología en particular el medio electrónico empleado.

Tal concepción de documento digital, mensaje electrónico de datos o mensaje de datos, acompasa con la definición de mensaje de datos que hace la LMCE en su art. 2. De hecho, la última definición citada del Decreto 1793 de 2013 es la misma consagrada en la Ley Modelo.

Así las cosas, se podría inferir que la regulación sobre comercio electrónico en el derecho boliviano no se encuentra atada a una determinada tecnología. Pese a esto, cabe recordar las observaciones hechas a la legislación boliviana al analizar el principio de equivalencia funcional y no discriminación, ya que, en algunos aspectos como la firma, la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, se vincula a una específica tecnología de firmas, la infraestructura de clave pública, circunstancia que desvirtúa el principio de neutralidad tecnológica.

Colombia

El legislador colombiano definió al mensaje de datos en el literal a) del art. 2, de la Ley 527 de 1999 como “La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el EDI, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.⁵⁷² La definición de mensaje de datos de la Ley colombiana de comercio electrónico está inspirada en la que incorpora la LMCE en el art. 2.⁵⁷³ En esa medida, no vincula su regulación a una

571 *Ibíd.*

572 “La noción de ‘mensaje’ comprende el de información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico. Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los ‘medios similares’, se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro”, Colombia, *Exposición de motivos, ley 527 de 1999*.

573 “La referencia a ‘medios similares’ pretende reflejar el hecho de que la ley modelo no está únicamente destinada a regir las técnicas actuales de comunicación, sino que pretende ser apta para acomodar todos los avances técnicos previsibles”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para*

tecnología determinada, sino que deja abierta la posibilidad de ser aplicada adaptándose a los avances tecnológicos que se presenten en el futuro.

Ecuador

En el glosario de términos que aparece en la novena de las disposiciones generales de la Ley 67 de 2002, se establece cómo deberá entenderse el concepto de mensaje de datos:

Es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax y EDI.⁵⁷⁴

Asimismo, en la cuarta de las disposiciones generales de la Ley 67 de 2002, se indica que: “No se admitirá ninguna exclusión, restricción o limitación al uso de cualquier método para crear o tratar un mensaje de datos o firma electrónica, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la presente ley y su reglamento”.⁵⁷⁵

La amplitud en la forma como el legislador ecuatoriano entendió el concepto de mensaje de datos, aunque se utilicen expresiones enunciativas como telegrama, télex, fax, dejó a salvo la utilización de cualquier tipo de avances tecnológicos, sin que sea necesario modificar la regulación del comercio electrónico a medida que las innovaciones tecnológicas se presenten. Se es coherente con el principio de neutralidad tecnológica inmerso en la definición de mensaje de datos incluida en el literal a) del art. 2 de la LMCE.⁵⁷⁶

Perú

En el glosario de términos de la decimocuarta disposición complementaria final del Decreto Supremo 52 de 2008, se establece que el documento electrónico: “Es la unidad básica estructurada de información registrada, publicada o no, susceptible de ser generada, clasificada, gestionada, transmitida, procesada o conservada por una persona o una organización de acuerdo a sus requisitos funcionales, utilizando sistemas informáticos”. Del mismo modo, al definir documento en general, se indica que pueden

la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, 27.

574 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

575 *Ibíd.*

576 “Esta norma no solo establece el principio de equivalencia funcional, sino que también le da aplicación en su texto, al dar igual tratamiento al uso de la firma electrónica y firma digital y al no admitir ningún tipo de exclusión, restricción o limitación del método empleado”. Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico*, 145.

ser archivados a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro similar.⁵⁷⁷

Igualmente, se precisa que la neutralidad tecnológica implica la no discriminación, preferencia o restricción de ninguna de las diversas técnicas o tecnologías que pueden utilizarse para firmar, generar, comunicar, almacenar o archivar electrónicamente información.

Así, en el derecho peruano, respecto al concepto de mensaje de datos, la información puede estar soportada en cualquier medio electrónico, óptico o similar, sin que haya preferencia por ningún tipo de tecnología. Siendo consistente con la idea de neutralidad tecnológica como se concibe la definición de mensaje de datos del literal a) del art. 2 de la LMCE. Pero, se debe tener en cuenta las observaciones hechas a la legislación peruana al analizar el principio de equivalencia funcional y no discriminación, ya que, en algunos aspectos como la firma, la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, se vincula a una específica tecnología de firmas, la infraestructura de clave pública, circunstancia que desvirtúa el principio de neutralidad tecnológica.

La firma electrónica

Bolivia

Al examinar el principio de equivalencia funcional y no discriminación, se resaltó cómo en la legislación boliviana se regula la firma digital (art. 6 de la Ley 164 de 2011) y la firma electrónica (art. 3 del Decreto Supremo 1793 de 2013).

La firma digital se estructura con base en la criptografía de clave pública en la que es fundamental la presencia de un certificado digital emitido por una entidad de certificación. La firma electrónica es la que carece de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.

En ciertos aspectos se le da un estatus diferente a la firma digital en detrimento de la firma electrónica, ello ocurre con la valoración probatoria de los mensajes de datos. Según el art. 84 de la Ley 164 de 2011 “Los documentos digitales carentes de firma digital, serán admisibles como principio de prueba o indicios”,⁵⁷⁸ en cambio, bajo ciertas condiciones, “[...] los mensajes electrónicos de datos o documentos digitales ambos con firma digital adquieren plena validez jurídica probatoria [...]”, así lo indica el art. 34 del Decreto Supremo 1793 de 2013.⁵⁷⁹

577 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

578 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

579 Bolivia, Decreto Supremo 1793, *Reglamento a la Ley 164 de 2011, para el Desarrollo de Tecnologías de Información y Comunicación*.

Contraviene el principio de neutralidad tecnológica cuando se legisla en función de específicas tecnologías de firmas, como ocurre en este caso con la infraestructura de clave pública, a la que se le da preponderancia sobre cualquier otro método de autenticación. Por ello, la LMCE en el art. 7 adoptó un criterio tecnológicamente neutral al establecer equivalentes funcionales para la firma de los mensajes de datos.

Colombia

La Ley 527 de 1999, al establecer los requisitos jurídicos para la equivalencia funcional de la firma tratándose de mensajes de datos, en el art. 7 determinó la necesidad de un método para identificar al iniciador aprobando el contenido; método que debía ser confiable y apropiado. Lo hizo de una forma lo suficientemente genérica para evitar su vinculación a una etapa del desarrollo técnico, de la misma manera como lo hizo la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su art. 7.⁵⁸⁰

Además de haber consagrado una acepción genérica de firma (electrónica), la Ley 527 de 1999 también introdujo el concepto de firma digital en el literal c) del art. 2 (definiciones), el cual hace alusión a la firma numérica basada en la criptografía de clave pública. Se trata de una definición de firma electrónica que se encuentra ligada a una tecnología específica, y en la que interviene un prestador de servicios de certificación, quien constata la identidad del iniciador y la integridad del mensaje.

Si se considera que la equivalencia funcional de la firma electrónica solamente se cumple con la firma digital, se estaría priorizando por una tecnología específica, lo que iría en contravía del principio de neutralidad tecnológica. De tal forma que lo adecuado es considerar a la firma digital como una especie de la firma electrónica, para no cerrar la posibilidad de reconocerle efectos jurídicos equivalentes a otras especies de firmas electrónicas que existen o lleguen a existir en el futuro.⁵⁸¹

580 “[...] cualquier esfuerzo por elaborar reglas sobre las normas y procedimientos que deberían utilizarse como sustitutos en casos específicos de “firmas” podría crear el riesgo de vincular irremisiblemente el régimen de la Ley Modelo a una determinada etapa del desarrollo técnico. [...] El artículo define las condiciones generales que, de cumplirse, autenticarían un mensaje de datos con suficiente credibilidad para satisfacer los requisitos de firma que actualmente obstaculizan el comercio electrónico. El artículo 7 se centra en las dos funciones básicas de la firma: la identificación del autor y la confirmación de que el autor aprueba el contenido del documento. En el inciso a) del párrafo 1) se enuncia el principio de que, en las comunicaciones electrónicas, esas dos funciones jurídicas básicas de la firma se cumplen al utilizarse un método que identifique al iniciador de un mensaje de datos y confirme que el iniciador aprueba la información en él consignada”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 40.

581 “Sobre este aspecto se discutió ampliamente si la Ley Modelo y por ende la Ley 527 de 1999 respetaban el principio al haber definido la *firma digital* como un sistema de clave pública. Para algunos, haber definido de esta forma la firma digital contrariaba el principio de neutralidad

Esta posible confusión, dentro de la legislación colombiana, la vino a resolver el Decreto 2364 de 2012 sobre la firma electrónica, en el que se reglamenta el art. 7 de la Ley 527 de 1999.⁵⁸²

Ecuador

A pesar de la relación que establece la Ley 67 de 2002 entre las firmas electrónicas, los certificados de firma electrónica y las entidades de certificación de información, en alusión a las firmas con infraestructura de clave pública, es enfático el legislador ecuatoriano en cuanto a que no se restringirá el uso de cualquier método para la creación de firmas electrónicas (cuarta disposición general, Ley 67 de 2002).⁵⁸³

En complemento, el art. 10 del Decreto Ejecutivo 3496 de 2002 determina que la firma electrónica es aceptada bajo el principio de neutralidad tecnológica, que no restringen el uso de otras firmas electrónicas generadas fuera de la infraestructura de llave pública, y que la firma electrónica es respaldada por el principio de no discriminación a cualquier tipo de firma electrónica, así como a sus medios de verificación o tecnología empleada.⁵⁸⁴

La firma electrónica del derecho ecuatoriano concuerda con la neutralidad tecnológica perseguida al establecerse en el art. 7 de la LMCE la equivalencia funcional de la firma para los mensajes de datos.

y vinculaba las disposiciones de la norma con una tecnología específica. Sin embargo, los opositores de esta idea defendieron la tesis de que la ley no violaba el principio de neutralidad, toda vez que en materia de tecnologías de la información y la comunicación y especialmente en el comercio electrónico, las soluciones a la seguridad del sistema eran ofrecidas por las matemáticas y no por otra ciencia del conocimiento, ya que cada elemento que interviene en el ámbito digital es traducido a números, de tal manera que el sistema de *clave pública* se convierte en una solución matemática a las condiciones de seguridad que requiere el entorno electrónico para ser confiable. Adicionalmente, el sistema de *clave pública* presenta las características de ser durable y sostenible. Gutiérrez, "Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico", 14.

582 "[...] la firma digital se encuentra definida en el literal c) del artículo 2° de la Ley 527 de 1999 y reglamentada en el Decreto 1747 de 2000 y ha sido considerada como una especie de la firma electrónica. [...] en el artículo 7° de la Ley 527 de 1999 se consagró el equivalente electrónico de la firma. [...] para impulsar el desarrollo del comercio electrónico, internacionalmente se ha recomendado promover enfoques apropiados para el reconocimiento legal de firmas electrónicas bajo el principio de neutralidad tecnológica [...] la firma electrónica representa un medio de identificación electrónico flexible y tecnológicamente neutro que se adecúa a las necesidades de la sociedad. [...] ante la evolución de las innovaciones tecnológicas, es necesario establecer criterios para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas independientemente de la tecnología utilizada", Colombia, Decreto 2364, por medio del cual se reglamenta el art. 7° de la Ley 527 de 1999, sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones.

583 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

584 Ecuador, Decreto Ejecutivo 3496, *Reglamento general a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

Perú

La Ley 27269 de 2000 regula la firma basada en la criptografía de clave pública, en la que se conjugan los conceptos de firma digital, certificado digital y entidades de certificación.⁵⁸⁵ Por ello, el Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales, Decreto Supremo 52 de 2008, habla de la validez y eficacia de la firma digital generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica.⁵⁸⁶

La legislación del Perú se identifica con una tecnología específica de firmas electrónicas, contradiciendo el principio de neutralidad tecnológica, distanciándose de las Leyes Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y firmas electrónicas.⁵⁸⁷

Desempeño del principio de neutralidad tecnológica en los países de la Comunidad Andina

Hay sincronía en la forma como se concibe conceptualmente los mensajes de datos, puesto que, acatando el principio de neutralidad tecnológica, no se encuentra atado a una determinada tecnología, en todos los países andinos se utilizan expresiones enunciativas sobre el medio electrónico empleado, de tal forma que no se restringe a ninguna tecnología en particular.⁵⁸⁸

Sin embargo, hay discrepancias con la noción de firma electrónica, mientras que Colombia y Ecuador acatan el principio de neutralidad tecnológica, Bolivia⁵⁸⁹ y Perú⁵⁹⁰ la direccionan hacia una tecnología específica de firmas, la criptografía de clave pública. Si bien, las firmas con infraes-

585 Perú, Ley 27269, *Ley de firmas y certificados digitales*.

586 Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales*.

587 "Perú establece como objeto de la ley regular la utilización de firmas electrónicas otorgándoseles la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita. Sin embargo, en el desarrollo de la ley regula en su gran mayoría aspectos relacionados con la firma digital, como lo son todos los aspectos relacionados con el certificado de firma digital, por lo que, en principio, parece que no se le diera plena aplicación al principio de neutralidad tecnológica [...]". Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico*, 146.

588 "Consideramos que una definición única y uniforme de mensaje de datos debería estar en armonía con lo dispuesto en Colombia, Ecuador y Perú", Sarmiento, *Legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina*, 28. <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>, consulta: 21 de octubre de 2014.

589 Tanto la Ley 164 de 2011 (artículo 84), como el Decreto Supremo 1793 de 2013 (artículo 34), les dan un tratamiento probatorio diferencial a los documentos con firma digital.

590 "Este Reglamento como la ley se denomina de firma digital y si bien tanto la ley como el reglamento abren la posibilidad de que se utilicen otras tecnologías de firma electrónica, previa aprobación del INDECOPI, en la práctica se promueve una tecnología en particular, la firma digital", Galdo, "Comercio electrónico y seguridad jurídica. La firma digital", 761.

estructura de clave pública corresponden al estado actual de la técnica en la mayoría de países de la CAN, su priorización en algunas de sus legislaciones conlleva que se desechan otras técnicas de autenticación que actualmente existan o que en el futuro puedan llegar a existir. Regular la firma electrónica en función de una tecnología específica, es contrario al principio de neutralidad tecnológica, lo que dificulta que tales normas se adapten satisfactoriamente ante las inevitables transformaciones en las tecnologías de la información y la comunicación.

No alteración del derecho de obligaciones y contratos

Las normas disciplinadoras del comercio electrónico no comportan trascendentales modificaciones al derecho de obligaciones y contratos aplicable a los negocios jurídicos instrumentados por medios electrónicos, solamente genera ciertas adecuaciones por el reconocimiento jurídico dado a los mensajes de datos. Tal aserto se evidencia en aspectos como, la formación y validez de los contratos, la firma electrónica y el acuse de recibo.⁵⁹¹

Formación y validez de los contratos

Bolivia

Del art. 85 de la Ley 164 de 2011 se desprende que la oferta de bienes y servicios por medios digitales deberá cumplir con las condiciones generales y específicas que la ley impone, particularmente las que establece el Código de Comercio boliviano.⁵⁹²

En el mismo sentido, la segunda parte del art. 86 de la Ley mencionada, aclara que la autorización de usar documentos digitales en las transacciones comerciales no será aplicable a aquellos contratos en los cuales la ley excluya expresamente la validez de los documentos digitales.

La Ley 164 de 2011 lo único que hace es habilitar el empleo de mensajes de datos en la formación de los contratos, pero las condiciones generales y específicas de la oferta deberán ser resueltas con base en el derecho aplicable, sin que con ello se pretenda modificar el derecho de obligaciones y contratos preexistente.

591 “‘No se altera, ni modifica el actual régimen sustancial del derecho’. El comercio electrónico no implica una modificación de la sustancialidad del actual derecho de las obligaciones. Ello es así, porque el canal electrónico y su aplicabilidad jurídica sobre todo tipo de transacciones es esencialmente un nuevo soporte y medio de transmisión de las voluntades negóciales o pre-negóciales”, Secretaría Permanente del SELA, *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe* (Caracas: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2012), 7.

592 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

Formación de los contratos en la legislación boliviana

El art. 815 del Código de Comercio boliviano, siguiendo la teoría de la recepción,⁵⁹³ define el momento del perfeccionamiento de los contratos celebrados por correspondencia como aquel en el cual el proponente recibe respuesta de aceptación de su ofrecimiento.⁵⁹⁴ A su vez, el art. 816 consagra que el lugar de perfeccionamiento del contrato será donde este ha sido propuesto.⁵⁹⁵ En contraste, el art. 455 del Código Civil de Bolivia, en alusión a la teoría de la cognición, indica: "I. El contrato se forma desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación por la otra parte, salvo pacto diverso u otra disposición de la ley [...]".⁵⁹⁶

En la legislación mercantil boliviana se regula la oferta para el caso concreto del contrato de compraventa,⁵⁹⁷ y se establece el tér-

593 "En doctrina existen cuatro teorías en relación con el momento y lugar en que el contrato queda celebrado: la teoría de la declaración, la misma que considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta declara aceptarla; la teoría de la expedición, que considera celebrado el contrato en el momento en que el destinatario de la oferta expide su declaración de aceptación; la teoría de la recepción, que considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente recibe la aceptación del aceptante, independientemente de si dicha recepción coincide con o no con el conocimiento de su contenido; y, por último, la teoría de la cognición, que considera celebrado el contrato en el momento en que el oferente toma conocimiento del contenido de la aceptación recibida", Mario Castillo Freyre, *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada* (Lima: PUCP, 1996), 52.

594 El artículo 815 del Código de Comercio de boliviano establece: "Los contratos celebrados por correspondencia quedarán perfeccionados desde el momento en el cual el proponente reciba respuesta de aceptación de su ofrecimiento. Sin embargo, si en la respuesta se proponen condiciones modificatorias de la propuesta original, el contrato, con estas modificaciones, se perfeccionará cuando se reciba la respuesta del proponente aceptándolas", Bolivia, *Código de Comercio*. http://www.bolivianland.net/UserFiles/File/0ParaDescripciones/1Inversiones_Bolivia/Codigo_Comercio_Bolivia.pdf, consulta: 15 de enero de 2015.

595 El artículo 816 del Código de Comercio boliviano señala: "Entre no presentes el lugar de celebración del contrato es donde este ha sido propuesto, salvo pacto en contrario u otra disposición de la ley. El contrato celebrado por cable, telegrama, radiograma u otro medio análogo, se considera como realizado entre no presentes. El celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente", Bolivia, *Código de Comercio*. De manera similar, el art. 462 del Código Civil de Bolivia determina: "I. Entre no presentes el lugar del contrato es aquel donde ha sido propuesto, salvo pacto contrario u otra disposición de la ley. II. Se estará a la regla del párrafo anterior en el caso del contrato celebrado por teléfono, telégrafo, telex, radio u otro medio similar", Bolivia, *Código Civil*. <http://photos.state.gov/libraries/bolivia/337500/pdfs/Codigo-civil.pdf>, consulta: 15 de enero de 2015.

596 *Ibid.*

597 Art. 826, Código de Comercio de Bolivia: "La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario. Una vez comunicada al destinatario, el proponente no puede revocarla o retractarse, bajo pena de indemnizar los perjuicios que con ello cause, al destinatario", Bolivia, *Código de Comercio*.

mino de diez días para su aceptación cuando sea realizada por escrito.⁵⁹⁸

Es de resaltar cómo el legislador boliviano determinó que el contrato celebrado por cable, telegrama, radiograma u otro medio análogo, se considera como realizado entre no presentes, mientras que el celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes.⁵⁹⁹

Esta regla tiene en cuenta la simultaneidad o no de las comunicaciones (no simultáneo = entre no presentes, simultáneo = entre presentes), y al hacerse extensiva al uso de medios análogos o semejantes a los allí previstos, resulta de gran importancia para los contratos instrumentados a través de comunicaciones electrónicas.

Así las cosas, para efectos del perfeccionamiento del contrato celebrado por medio de mensajes de datos se tendrá que determinar, según sea el caso, si son aplicables las reglas de los contratos celebrados entre no presentes o entre presentes, para lo cual se deberá tener en cuenta que este tipo de contratos emplean diversas formas para comunicar la oferta y la aceptación, en algunos casos será de forma simultánea (chat, video conferencia, etc.), y en otros con cierta diferencia temporal (correo electrónico, mensajes de texto, etc.).

Colombia

Cuando el art. 14 de la Ley 527 de 1999 plantea la equivalencia funcional de los mensajes de datos en la formación del contrato, permitiendo que la oferta y su aceptación puedan ser expresadas por medio de ellos, no realiza de esta forma ningún tipo de transformación al derecho aplicable. Simplemente se le está reconociendo efectos jurídicos a la utilización de mensajes de datos en esta etapa contractual. De contera, se hace la advertencia que no se discrimine a este tipo de soportes en la formación de los contratos. Cosa distinta es la validez que pueda tener el negocio jurídico realizado por medio del soporte electrónico, que deberá evaluarse según el derecho aplicable, quedando fuera de tal discusión el empleo de mensajes de datos. Lo propio hace el art. 11 de la LMCE.⁶⁰⁰

598 Artículo 828, Código de Comercio de Bolivia: "Las propuestas por escrito, deben ser aceptadas o rechazadas, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la propuesta si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, se agregará el término de la distancia, salvo estipulación distinta de las partes", Bolivia, *Código de Comercio*.

599 Bolivia, *Código de Comercio*, art. 816.

600 "El artículo 11 no tiene por objeto interferir con el régimen relativo a la formación de los contratos, sino promover el comercio internacional dando mayor certeza jurídica a la celebración de contratos por medios electrónicos", Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 48.

Formación de los contratos en la legislación colombiana

Dentro de la legislación colombiana, la posibilidad de comunicar la oferta al destinatario por medio de un mensaje de datos ya se encontraba contemplada con anterioridad a la expedición de la Ley 527 de 1999. Es de resaltar, sin embargo, que la oferta y en general la etapa precontractual no son reguladas por el Código Civil colombiano.⁶⁰¹ La oferta se define en el art. 845 del Código de Comercio colombiano, de la siguiente manera: “La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”. Como se observa, para comunicar la oferta y la aceptación, no existe ningún tipo de restricción, solamente la idoneidad del medio empleado, incluyéndose los mensajes de datos.⁶⁰²

En cuanto al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato, el art. 864 determina que se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.⁶⁰³

601 “Los estatutos de derecho privado decimonónicos y su doctrina, no trataron en detalle la fase precontractual, que incluso en la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones no fue considerada como tal (art. 1494 del CC), y fue tardía la regulación de algunas figuras, como la promesa de contrato y la opción (Ley 153 de 1887, art. 89 y Ley 51 de 1918, art. 23). Quizás había desconfianza del legislador en los problemas que podría traer la regulación de esa etapa, acaso por sospechar que podía ser fuente de muchos conflictos, como en efecto suele ocurrir y, por eso, era mejor desconocer todo lo anterior al contrato y disciplinar este, salvo algunas hipótesis previas como las ya mencionadas, y ciertas formas de culpa anterior al contrato (culpa *incontrahendo*), como la referida en el inciso segundo del art. 1512 del C.C”, José Alfonso Isaza Dávila, *Introducción a la responsabilidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, plan de formación de la rama judicial 2009* (Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2009), 64.

602 “La noción de ‘medio adecuado’ no está definido en la ley, pero debe entenderse por tal cualquiera de los medios de comunicación que utilizan las personas, como de viva voz, por escrito (carta, telegrama, avisos en sitios públicos, etc.), por teléfono, fax o similares, como emana de los arts. 847 al 851 del C.Co., que establecen algunas reglas sobre las ofertas hechos por escrito, entre presentes y por teléfono. Además, el artículo 14 de la Ley 527 de 1999, sobre mensajes de datos, comercio electrónico y firmas digitales, entre otras cosas, dispuso que la oferta y su aceptación pueden ser expresadas mediante un mensaje electrónico de datos”, *ibíd.*, 74.

603 “[...] en dicho texto se pretende consagrar el sistema de la *recepción*, de modo tal que, en virtud de una contradictoria presunción legal, a la postre se establece el sistema de la *expedición*. Perentoriamente declara el inciso primero del texto comentado que el contrato se entenderá celebrado en el momento en que el oferente reciba la aceptación de su propuesta, con otro corolario que es propio del sistema de la *recepción*, como es el de que el lugar de la residencia del oferente lo es también el del perfeccionamiento de dicho contrato para los efectos de la ley. Pero el inciso segundo presume que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario

La oferta verbal entre presentes, incluida la telefónica, deberá ser aceptada inmediatamente.⁶⁰⁴ La oferta por escrito deberá ser aceptada en el término de seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta.⁶⁰⁵

Lo determinante de estas reglas es la inmediatez o no de las comunicaciones (inmediato = entre presentes, no inmediato = entre ausentes); ello explica la asimilación de la oferta realizada vía telefónica a la verbal entre presentes, lo cual deberá ser tenido en cuenta si se trata de mensajes de datos.

Si la comunicación electrónica de la oferta y la aceptación es inmediata (chat, video conferencia, etc.), para fijar su perfeccionamiento al contrato le serán aplicables las reglas de los contratos celebrados entre presentes; por el contrario, si en tales comunicaciones electrónicas hay alguna diferencia temporal (correo electrónico, mensajes de texto, etc.), al contrato le serán aplicables las reglas de los contratos celebrados entre no presentes.⁶⁰⁶

Ecuador

El art. 44 de la Ley 67 de 2002, en alusión al cumplimiento de formalidades, estipula que: “Cualquier actividad, transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensajes de datos, a través de redes electrónicas, se someterá a los requisitos y solemnidades establecidos en la ley que las rijan, en todo lo que fuere aplicable, y tendrá el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que los señalados en dicha ley”,⁶⁰⁷

(léase el aceptante) pruebe la *remisión* oportuna de ella (sistema de la expedición)”, Guillermo Ospina, y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 169.

604 Colombia, Código de Comercio, artículo 850: “La propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse. La propuesta hecha por teléfono se asimilará, para los efectos de su aceptación o rechazo, a la propuesta verbal entre presentes”, Colombia, *Código de Comercio*, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html, consulta: 12 de enero de 2015.

605 Colombia, Código de Comercio, artículo 851: “Cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”, *ibíd.*

606 Estas precisiones se hacen solamente en procura de establecer el momento en que se perfecciona el contrato realizado con comunicaciones electrónicas, y que no se hace extensivo a todo tipo de situaciones que se presenten en el comercio electrónico. A manera de ejemplo, dentro del derecho colombiano, en las relaciones de consumo se define como ventas a distancia y se establecen ciertas reglas de protección a las realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios, tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico (num. 16, art. 5, Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, reglamentado por el Decreto 1499 de 2014). Colombia, Ley 1480, *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.*

607 Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.*

Por su parte, el art. 46 de la misma ley, respecto al perfeccionamiento y aceptación de los contratos electrónicos, indica: “El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes. La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes”.⁶⁰⁸

Es clara la intención del legislador ecuatoriano de no modificar el derecho de obligaciones y contratos, los requisitos y solemnidades de los actos realizado con mensajes de datos corresponderá definirlos a la ley que fuere aplicable.

Formación de los contratos en la legislación ecuatoriana

Sobre el momento de perfeccionamiento del contrato en la legislación ecuatoriana, se debe tener en cuenta el art. 145 del Código de Comercio, según el cual: “Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente [...]”.⁶⁰⁹ Así, el momento que define cuándo se perfecciona el contrato en el derecho ecuatoriano es aquel en el que se conteste aceptando la propuesta por parte del destinatario.⁶¹⁰

Para determinar el lugar en que se considera perfeccionado el contrato, el legislador mercantil ecuatoriano fue coherente con el momento en que ello ocurre, de ahí que el art. 147 estableciera como lugar de perfeccionamiento el de la residencia de quien hubiere aceptado la propuesta.⁶¹¹

608 *Ibíd.*

609 Ecuador, *Código de Comercio*, <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/03/C%C3%B3digo-de-Comercio.pdf>, consulta: 15 de enero de 2015. Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, art. 249, http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-178/RD_230612borja_230612_328002.pdf, consulta: 6 de junio de 2017.

610 “En el caso ecuatoriano el art. 145 CCo., su redacción es clara, menciona que el contrato se perfecciona desde que se acepta la propuesta consagrando el sistema de la expedición, puesto que la contestación-aceptación podría llegar a conocimiento del proponente, por haberla colocado su autor fuera de la esfera de acción de su voluntad”, Fernando Moreno Morejón, “El perfeccionamiento de los contratos”: 85, http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/723_DOC_OTRO.pdf, consulta: 7 de enero de 2015.

611 Ecuador, *Código de Comercio*, art. 147: “Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada”, Ecuador, *Código de Comercio*. Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, art. 250.

La propuesta verbal debe ser aceptada inmediatamente,⁶¹² si las partes residen en la misma plaza la propuesta escrita debe ser aceptada dentro de veinticuatro horas, de lo contrario, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.⁶¹³ Sobre este punto, se debe tener en cuenta que según el art. 2 de la Ley 67 de 2002 (reconocimiento jurídico de los mensajes de datos), los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. De tal forma que la propuesta hecha por medio de mensajes de datos se tendrá como una propuesta escrita.

Al tratarse de contratos celebrados con comunicaciones electrónicas, la Ley ecuatoriana de comercio electrónico estableció ciertas precisiones en torno al momento y lugar de perfeccionamiento de los contratos. El art. 46 de la Ley 67 de 2002, en cuanto al momento de perfeccionamiento, aclaró que, salvo acuerdo de las partes, la recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico. Y, respecto al lugar de perfeccionamiento, dejó su determinación a la voluntad de las partes.

Estas reglas definidas por la ley ecuatoriana de comercio electrónico respecto al momento y lugar de perfeccionamiento del contrato, se conservan en el art. 90 del Proyecto de Código de Comercio,⁶¹⁴ norma en la que además se especifica, al tenor del principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos, que el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstas en las leyes; y que la conformación del consentimiento se regulará por las disposiciones generales establecidas en el mismo código.

El Proyecto de Código de Comercio establece reglas especiales en torno a la formación y perfeccionamiento del consentimiento por correo electrónico (arts. 256 a 265), siendo de resaltar las previstas en los arts. 259 y 260, relacionadas con el momento de emisión y recepción de las comunicaciones electrónicas, en las que se sigue la orientación prevista en la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

Perú

Lo que hizo la Ley 27291 de 2000 simplemente fue adecuar el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad. Con ese fin, se modificó el art. 141

612 Ecuador, *Código de Comercio*, art. 141. Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, art. 238.

613 Ecuador, *Código de Comercio*, art. 142. Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, art. 239.

614 El Proyecto de Código de Comercio ecuatoriano fue tramitado en primer debate, http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/48416-proyecto-de-codigo-de-comercio-se-tramito-en-primer_consulta: 6 de junio de 2017.

(manifestación de voluntad), el art. 1374 (conocimiento y contratación entre ausentes), y se adicionó el art. 141A (formalidad). Las reglas sobre comercio electrónico no implicaron modificación adicional en cuanto al régimen general de obligaciones y contratos.

Formación de los contratos en la legislación peruana

Conforme al art. 1373 del Código Civil peruano, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.⁶¹⁵ A su vez, el art. 1374 del mismo estatuto normativo dispone que cualquier declaración contractual dirigida a persona determinada se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario.⁶¹⁶

La modificación que introdujo la Ley 27291 al art. 1374 del Código Civil peruano estableció que si tal declaración contractual se realiza a través de medios electrónicos se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo. Bajo ese entendido, el acuse de recibo se convierte en un requisito adicional para la celebración de contratos por medios electrónicos que transforma el derecho existente de obligaciones y contratos. Se trata de una exigencia desproporcionada, toda vez que el acuse de recibo no es el único sistema con el que se puede presumir la recepción de mensajes de datos.⁶¹⁷

615 Perú, *Código Civil*, http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLP_demo, consulta: 15 de enero de 2015.

616 “El Código Civil peruano se ha orientado por la teoría del conocimiento, pero el legislador también ha considerado apropiado matizar la teoría del conocimiento con la de la recepción regulada en el artículo 1374^o señalando que la oferta, su revocación, la aceptación, o cualquier otra declaración contractual se considerarán conocidas cuando llegan al ámbito jurídico del destinatario, por lo tanto, se considerará formado el contrato cuando la aceptación llegue al domicilio del oferente”, Carol Elisa Quiróz Santaya, “El consentimiento por medios electrónicos en la formación de los contratos”, *Cajamarca: Revista Jurídica* 9 (2002). <http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista9/contrato.htm>, consulta: 7 de enero de 2015. // “En los contratos celebrados con falta de comunicación inmediata, si el oferente tiene efectivo conocimiento de la aceptación, no existe problema alguno respecto a dónde se forma el contrato, pues el art. 1373 del Código Civil establece que ello ocurre en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. La dificultad se presenta cuando la aceptación se entrega en la dirección del aceptante [oferente], pues el art. 1374 dispone que, en tal caso, la aceptación se considera conocida por el oferente en el momento en que llega a esa dirección, pero no indica en qué lugar se considera conocida. Para salvar esta dificultad debe tomarse en consideración que, como el mismo artículo menciona un lugar de entrega de la aceptación, que es la dirección del oferente, es razonable considerar que es esta dirección el lugar de formación del contrato. Así lo entiende parte de la doctrina italiana al ocuparse del artículo 1355 del Código Civil de ese país. Por lo demás, esta solución está de acuerdo con el principio generalmente aceptado de que el lugar del contrato es aquél en que se ha realizado el hecho decisivo de su formación”, Manuel De La Puente y Lavalle, *El contrato en general* (Lima: Palestra, 2001), 513.

617 “En definitiva, el legislador peruano, al prescribir que la contratación por medios electrónicos requiere del *acuse de recibo*, está sosteniendo implícitamente que este es el único *sistema* que puede presumir la recepción del mensaje para garantizar la formación del contrato. Consideramos

La mezcla de la teoría de la cognición con la de la recepción contenida en el Código Civil del Perú, contrasta con lo dispuesto por el art. 54 de su Código de Comercio en cuanto a los contratos que se celebren por correspondencia, ya que establece que quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, lo cual es propio del sistema de expedición.⁶¹⁸

Firma electrónica

Bolivia

Cuando el art. 78 de la Ley 164 de 2011 le da validez jurídica y probatoria a la firma digital, ello no genera que el derecho de obligaciones y contratos se modificara de ninguna forma. El régimen legal aplicable a los actos instrumentados por medios electrónicos, una vez se habilita esta posibilidad en Bolivia deberá concretarse dependiendo si se trata de una operación de comercio electrónico interno o internacional.

Colombia

Al establecerse los requisitos jurídicos para la equiparación funcional de la firma electrónica, tanto en el art. 7 de la ley colombiana de comercio electrónico como en la LMCE, de ninguna manera implicaba como consecuencia determinar la validez jurídica de la declaración de voluntad contenida en el mensaje. Tal valoración se tiene que hacer conforme al derecho aplicable, quedando fuera de cuestionamiento el haberse utilizado una firma electrónica.⁶¹⁹

que la modificación del artículo 1374 del Código Civil implica un concepto restringido de lo que puede plantear la contratación celebrada a través de medios electrónicos, ya que el tema debe ser aplicable tanto a la contratación paritaria como a la predispuesta. Se quisieron referir solo a la contratación predispuesta, pero no se dieron cuenta que estaban abarcando también, indebidamente, a la paritaria. [...] Asimismo, en Internet pueden existir una serie de sistemas de contratación en donde se garanticen las transacciones a través de tecnologías que no necesiten del llamado *acuse de recibo*. Por tanto, la legislación nacional fruto de la infeliz modificación al artículo 1374 del Código Civil deviene en innecesariamente restrictiva. [...] De lo expuesto apreciamos que el *acuse de recibo* es un requisito adicional que señala la ley para que se concluyan los contratos celebrados por medios electrónicos”, Mario Castillo Freyre y Pierre Martín Horna, *Tratado de la teoría general de los contratos* (Lima: PUCP, 2006), 264.

618 Perú, *Código de Comercio*, artículo 54: “Los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada”, Perú, *Código de Comercio*, <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemon>, consulta: 15 de enero de 2015.

619 “Cabe señalar que con arreglo a la Ley Modelo, la mera firma de un mensaje de datos mediante el equivalente funcional de una firma manuscrita no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje. La cuestión de la validez jurídica de un mensaje de datos que cumple el requisito de una firma deberá dirimirse con arreglo a la normativa aplicable al margen de la Ley Modelo”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 42.

Ecuador

A la regulación que hacen los arts. 13 y 14 de la Ley 67 de 2002 sobre la firma electrónica, le son aplicables las reglas señaladas por los arts. 44 y 46 de la misma ley, sobre cumplimiento de requisitos y solemnidades de los actos realizados por medio de mensajes de datos. Tales actos se someterán a lo dispuesto por la norma interna o internacional que resulte aplicable, sin que tal derecho de obligaciones y contratos resulte alterado por las normas sobre firmas electrónicas.

Perú

La Ley 27269 de 2000 (Ley de firmas y certificados digitales) y el Decreto Supremo 52 de 2008 (Reglamento de la Ley de firmas y certificados digitales), solamente autorizaron el uso de estos instrumentos del comercio electrónico, mas no se convirtieron un nuevo estatuto sobre obligaciones y contratos. Asuntos como la validez de los contratos celebrados por medios electrónicos son obviados por las normas que regulan el comercio electrónico, para dejarlos a las normas internas o internacionales que sean aplicables.

Acuse de recibo

Bolivia

El art. 25 del Proyecto de Ley 80 de 2007 trató de regular dentro del derecho boliviano el acuse de recibo en similares términos a los previstos por el art. 14 de la LMCE, destacando igualmente que con dicha reglamentación no se pretendía regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo. Pero, ninguna de las disposiciones que hacían parte del citado Proyecto de Ley fueron tomadas en cuenta, ni en la Ley 164 de 2011 ni en el Decreto Supremo 1793 de 2013.

Colombia

Las normas establecidas sobre acuse de recibo en la Ley 527 de 1999 tampoco buscan regir las consecuencias jurídicas del mensaje ni del acuse de recibo. Por esta razón en el art. 22 de la mencionada ley se enuncia: "Efectos jurídicos. Los arts. 20 y 21 únicamente rigen los efectos relacionados con el acuse de recibo. Las consecuencias jurídicas del mensaje de datos se regirán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos". Idéntico tratamiento se le da en el num. 7) del art. 14 de la LMCE.⁶²⁰

⁶²⁰ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico: Artículo 1, numeral 7.- "Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos

Ecuador

En la legislación ecuatoriana sobre comercio electrónico no se incluyen normas relativas al acuse de recibo. Además, como ya se ha señalado, la normatividad del Ecuador sobre comercio electrónico remite a la ley que los rija los requisitos y solemnidades de los actos realizados con mensajes de datos (arts. 44 y 46 de la Ley 67 de 2002).

Perú

El art. 1 de la Ley 27291 de 2000, que modificó el art. 1374 del Código Civil peruano concerniente al conocimiento y contratación entre ausentes, se refiere tangencialmente al acuse de recibo. En primer lugar, la norma aclara que la oferta, su revocación, la aceptación o cualquier declaración contractual se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario. En segundo lugar, se especifica que si tales declaraciones contractuales se hacen “[...] a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

Los efectos contractuales que le da el legislador peruano al acuse de recibo, son contrarios al art. 14 de la LMCE. La ley modelo advierte que sus disposiciones sobre acuse de recibo serán aplicables si el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo de los mensajes de datos, aspecto que no es tenido en cuenta en la Ley 27291 de 2000. En ella, por el solo hecho de utilizarse medios electrónicos se le dan efectos jurídicos al acuse de recibo, independientemente de que las partes así lo consideren.⁶²¹

o de su acuse de recibo”. Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 9, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 19 de enero de 2015.

621 “El legislador, consciente de la dificultad para probar la recepción de la manifestación o declaración de voluntad en los contratos celebrados por medios electrónicos, se ha visto en la necesidad de recurrir a una operación técnica, el acuse de recibo, a efecto de que se puedan aplicar las teorías del conocimiento y de la recepción en la formación de los contratos por medios electrónicos. El *acuse de recibo* es un sistema electrónico que puede ser activado en una computadora con la finalidad de permitir al remitente saber el momento exacto en que su mensaje está siendo leído por el destinatario. Mediante el uso de *acuse de recibo* es posible la aplicación de la presunción de conocimiento contemplado en el artículo 1373 del Código Civil peruano, por lo tanto, el contrato se entenderá concluido cuando el remitente, en este caso el aceptante, reciba en su correo electrónico el *acuse de recibo* que le indique que su mensaje conteniendo la aceptación ha sido abierto y leído por el oferente. [...] No debemos olvidar que la regla contenida en el artículo 1374 establece una presunción *juris tantum*, admitiendo prueba en contrario en los casos que el destinatario demuestre que estuvo en la imposibilidad de conocer la oferta o la aceptación”, Carlos Alberto Soto Coaguila, “El comercio electrónico en el derecho peruano”, en *Instituciones de derecho privado. Comercio electrónico*, dir., Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila (Lima: Ara, 2003), 140.

Por otra parte, se deja a un lado lo dispuesto en el num. 7 del art. 14 de la LMCE, en el sentido de que dicho art. no tiene el propósito de regir las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo.

Desempeño del principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos en los países de la Comunidad Andina

A excepción del caso peruano, que estableció consecuencias jurídicas al acuse de recibo de los mensajes de datos (presumiendo la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo),⁶²² concuerdan las legislaciones analizadas, ya que las normas que regulan el comercio electrónico procuraron no introducir trascendentales modificaciones al derecho de obligaciones y contratos.

En su mayoría, los países de la CAN se han orientado por el sistema de recepción en la formación del contrato. Tanto en Bolivia como en Colombia, el momento del perfeccionamiento del contrato, es cuando el proponente recibe respuesta de la aceptación; y el lugar de perfeccionamiento del contrato, aquel donde fue propuesto. En un punto intermedio aparece Perú, en el que se incluyó el sistema de cognición, pero matizado con el sistema de recepción. Se distancia de esta concepción Ecuador, quien adoptó el sistema de expedición, indicando que el momento de perfeccionamiento del contrato, es aquel en que se conteste aceptado la propuesta, y el lugar de perfeccionamiento del contrato, el de residencia del aceptante.

La diversidad de teorías sobre la formación del contrato en los países andinos, se puede contrastar con las tendencias de instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

En la citada convención, se estipula que la oferta surtirá efectos cuando llegue al destinatario (art. 15.1); el contrato se perfeccionará en el momento de que se dé la aceptación de la oferta (art. 23); la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente (art. 18.2); la oferta y la aceptación llega al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro

⁶²² "Es evidente entonces, que la normatividad peruana erige como elemento esencial de las comunicaciones electrónicas que se generen en el tráfico mercantil al acuse de recibo. No obstante, se extraña que luego de otorgar un lugar tan alto al acuse de recibo, haya guardado silencio sobre los medios o formas de generar el mismo, o sobre el procedimiento en caso de no ser recibido el mismo", William David Hernández Martínez, *La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012), 141.

medio al destinatario personalmente o en su establecimiento, o dirección postal y si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual (art. 24).

Libertad contractual

Las normas reguladoras del comercio electrónico se caracterizan por acoger las diferentes manifestaciones de la libertad contractual: libertad de contratación (los sujetos privados deciden si contratan y con quien lo hacen), libertad de configuración (qué contenido le dan al contrato), libertad de forma (qué solemnidades le van a dar al contrato), e incluso la autonomía conflictual (en la contratación internacional se permite elegir el derecho aplicable).⁶²³

En un alto porcentaje, el derecho del comercio electrónico está conformado por normas subsidiarias de la voluntad de las partes, que son aplicables ante el silencio de los contratantes. Justamente, la LMCE (art. 4), en aspectos como los regulados en el capítulo III —comunicación de los mensajes de datos (art. 11 —formación y validez de los contratos, art. 12 —reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, art. 13 —atribución de los mensajes de datos, art. 14 —acuse de recibo, art. 15 —tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos), permite a las partes definir el contenido que le van a dar al contrato.⁶²⁴

La libertad contractual en las normas sobre comercio electrónico, permiten a las partes, según sus necesidades, decidir sobre el contenido que le quieran dar al contrato electrónico. La llamada libertad de configuración o de autorregulación es tan permisiva en el comercio electrónico que puede dejar sin efecto buena parte de sus propias disposiciones.

Bolivia

La segunda parte del art. 86 (validez de los contratos electrónicos) de la Ley 164 de 2011, ubicado en el capítulo cuarto (comercio electrónico) del Título IV, abre el espacio a la libertad contractual de la siguiente manera:

623 La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece en el Artículo 6.- “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, [...] establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”.

624 “La libertad contractual es la manifestación o consecuencia necesaria del principio de la inalterabilidad del derecho preexistente en el contexto del comercio electrónico. La libertad contractual es un derecho que se debe contextualizar en el marco de la libertad de empresa, de la autonomía privada y de la libertad de competencia”, Secretaría Permanente del SELA, *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe* (Caracas: SELA, 2012), 7.

“Lo dispuesto en el presente capítulo no será aplicable a aquellos contratos en los cuales la ley o el mismo contrato excluya expresamente la validez de los documentos digitales”.⁶²⁵

Esta norma persigue los mismos fines deseados por la LMCE, pues to que, en ella, el art. 4 autoriza modificar mediante acuerdo las reglas del capítulo III (comunicación de los mensajes de datos), mas no las del capítulo I (disposiciones generales), ni las del capítulo II (aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos).⁶²⁶

En la formación de los contratos, la LMCE permite a las partes con venir que la oferta y su aceptación no sean expresadas por medio de un mensaje de datos (art. 11). En el mismo sentido, el art. 86 de la Ley 164 de 2011, faculta a las partes para sustraerse a la observancia de las reglas que habilitan el uso de los mensajes de datos en materia contractual.

Lo anterior, contrasta con lo contemplado en el art. 78 de la citada Ley 164 de 2011, mediante el cual se les da validez jurídica y probatoria a los mensajes de datos, norma que operaría si las partes no disponen lo contrario.

Colombia

El art. 4 de la Ley 527 de 1999 establece: “Modificación mediante acuerdo. Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del Capítulo III, Parte I, podrán ser modificadas mediante acuerdo”.⁶²⁷

Ahora bien, las reglas del capítulo III, de la parte I, tienen que ver con la comunicación de los mensajes de datos. De manera particular, se dejaría a la libre elección de las partes la aplicación de normas en aspectos como: formación y validez de los contratos (art. 14), reconocimiento de los mensajes de datos por las partes (art. 15), atribución de un mensaje de datos (art. 16), presunción del origen de un mensaje de datos (art. 17), concordancia del mensaje de datos enviado con el mensaje de datos recibido (art. 18), mensajes de datos duplicados (art. 19), acuse de recibo (art. 20), presunción de recepción de un mensaje de datos (art. 21), efectos jurídicos (art. 22), tiempo del envío de un mensaje de datos (art. 23), tiempo de la

625 Bolivia, Ley 164, *Ley general de telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación*.

626 Naciones Unidas, CNUDMI, *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico 1996* (Nueva York, 1999), 5, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, consulta: 19 de enero de 2015.

627 Lo regulado en el art. 4 de la Ley 527 de 1999, concuerda con lo establecido igualmente en el art. 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

recepción de un mensaje de datos (art. 24), y lugar del envío y recepción del mensaje de datos (art. 25).⁶²⁸

Este principio, característico del derecho del comercio electrónico, se puede convertir en un posible obstáculo para los objetivos armonizadores de las leyes modelo. Entre mayor margen se le dé a la autonomía de la voluntad, más inciertos se convierten los alcances del derecho uniforme del comercio electrónico. De ahí que esta posibilidad de autorregulación se restrinja a las reglas indicadas en el capítulo tercero de la primera parte de la Ley 527 de 1999, no extendiéndose a las disposiciones del primero, ni del segundo capítulo. La limitación a la libertad contractual así concebida, es la misma que se precisa en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.⁶²⁹

Ecuador

El art. 11 de la Ley 67 de 2002, sobre el envío y recepción de los mensajes de datos, atiende a la LMCE, y permite que las partes puedan regular en contrario, por eso establece que: “Salvo pacto en contrario, se presumirá

⁶²⁸ Colombia, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones*. “Se consagra así ampliamente el principio de libertad contractual, en el que las personas pueden regular plenamente sus relaciones contractuales; es decir, se les permite a los usuarios del comercio usar las herramientas legales para establecer y señalar las condiciones de validez de sus transacciones. [...] siguiendo las directrices de la LMCUCE, la LCCE establece claramente el principio de la autonomía de la voluntad o libertad contractual con el fin de ser útil al momento de colmar algunas lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales. Por tanto, la ley tan solo fija algunas normas mínimas de conducta para el intercambio de mensajes de datos en los casos en los que no se haya concertado acuerdo alguno para el intercambio de comunicaciones entre las partes”, Torres, *Principios fundamentales del comercio electrónico*, 225-6.

⁶²⁹ “La decisión de preparar una ley modelo partió del reconocimiento de que, en la práctica, se acostumbra a buscar por vía contractual la solución de las dificultades jurídicas planteadas por el empleo de los medios modernos de comunicación. La ley modelo apoya, por ello, el principio de la autonomía contractual de las partes. Ahora bien, este principio se enuncia únicamente respecto de las disposiciones que figuran en el capítulo III de la primera parte de la ley modelo. Ello se debe a que las disposiciones del capítulo II de la primera parte constituyen, en cierto modo, un conjunto de excepciones a las reglas tradicionalmente aplicables a la forma de las operaciones jurídicas. Esas reglas suelen ser de derecho imperativo ya que reflejan decisiones inspiradas en motivos de orden público de derecho interno. Por ello, una declaración sin más de la autonomía contractual de las partes respecto de las disposiciones de la ley modelo podría ser erróneamente entendida como facultando a las partes para sustraerse por vía contractual a la observancia de reglas de derecho imperativo inspiradas en razones de orden público. Debe considerarse que las disposiciones del capítulo II enuncian el requisito mínimo aceptable en material de forma de los actos jurídicos, por lo que deberán ser consideradas como de derecho imperativo, salvo que se disponga en ellas expresamente otra cosa. La indicación de que esos requisitos de forma han de ser considerados como el “mínimo aceptable” no deberá ser, sin embargo, entendida como una invitación a establecer requisitos de forma más estrictos en el derecho interno que los enunciados en la ley modelo”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 31.

que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes [...]”.⁶³⁰

Cabe comentar igualmente cómo en el art. 15 de la Ley 67 de 2002, respecto a los requisitos de la firma electrónica, se les permite a las partes intervenir, pero desde una perspectiva distinta, complementando lo dispuesto en la norma, pero no modificándola por completo.

En general, en los demás aspectos que regula la ley ecuatoriana de comercio electrónico se restringe la libertad de configuración.

Perú

Como las reglas que permiten la utilización de medios electrónicos en la comunicación de la manifestación de voluntad (Ley 27291 de 2000) fueron introducidas al Código Civil peruano, no se dejó margen para la libertad contractual o libertad de configuración. Además, son normas que no tiene que ver directamente con la comunicación de los mensajes de datos.

En relación con las normas sobre firmas y certificados digitales, es de resaltar el art. 2 (de la utilización de las firmas digitales) del Decreto Supremo 52 de 2008 (Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales), según el cual: “Las disposiciones contenidas en el presente Reglamento no restringen la utilización de las firmas digitales generadas fuera de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, las cuales serán válidas en consideración a los pactos o convenios que acuerden las partes”.⁶³¹

En este caso, respecto a firmas digitales alternas a las de Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, es viable desplegar la libertad de configuración.

Desempeño del principio de libertad contractual en los países de la Comunidad Andina

El principio de libertad contractual es introducido con ciertos matices en todas las legislaciones de los países miembros de la CAN. Bolivia, deja a la voluntad de las partes la validez de los documentos digitales. En Colombia la libertad contractual se limita a las reglas relativas a la comunicación de los mensajes de datos. Ecuador permite regular en contrario sobre el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, y complementar los requisitos de la firma electrónica. Perú no dejó margen a la libertad contractual en la utilización de las comunicaciones electrónicas, pero sí respecto a firmas digitales alternas a las de infraestructura oficial de firma electrónica.

⁶³⁰ Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

⁶³¹ Perú, Decreto Supremo 052-2008-PCM, *Reglamento de la ley de firmas y certificados digitales*.

Se presenta disparidad en los ordenamientos estudiados frente a la posibilidad de regular en contrario a lo previsto por las normas sobre comercio electrónico. La libertad contractual pasa de no tener ningún tipo de limitación, como ocurre en Bolivia, a quedar sin operatividad alguna, que es el caso de Perú.

La importancia que el comercio electrónico le da a las partes obedece a que por la vía contractual se ha tratado de solucionar los problemas jurídicos que generan los actuales medios de comunicación. No obstante, la libertad contractual no está concebida para convertirse en un obstáculo del comercio electrónico volviendo inoperantes sus disposiciones. Esta es la razón, para que la LMCE permitiera que se desplegara la libertad de configuración solo respecto del capítulo tercero de la primera parte (comunicación de los mensajes de datos), no así en relación con el capítulo segundo (aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos), en el que se enuncia el requisito mínimo aceptable de forma de los actos jurídicos.

De otra parte, cuando la LMCE autoriza el uso de mensajes de datos en la formación del contrato (oferta y aceptación), permitiendo a las partes acordar en contrario, es para dejar a salvo el empleo en la formación del contrato de formas de comunicación no electrónica.⁶³²

En definitiva, la libertad contractual en el comercio electrónico irrestrictamente entendida, imposibilitaría el propósito armonizador de la ley modelo.

Elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico

Como se ha indicado, la normativa sobre comercio electrónico no pretende alterar el derecho existente de obligaciones y contratos, pero ha sido preciso hacer algunos ajustes para la adecuada adaptación de los mensajes de datos en el ámbito jurídico. Permitir el uso de mensajes de datos en la formación de los contratos, la equivalencia funcional de la firma electrónica, o las reglas especiales para el acuse de recibo, no conllevan modificaciones adicionales al derecho aplicable al contrato electrónico. Sin embargo, ha sido

632 “Las palabras ‘de no convenir las partes otra cosa’, que se limitan a reiterar, en el contexto del artículo relativo a la formación del contrato, el reconocimiento de la autonomía de las partes enunciada en el artículo 4, tienen por objeto dejar en claro que la finalidad de la ley modelo no es la de imponer el recurso a los medios electrónicos de comunicación a aquellas partes que acostumbren a concertar sus contratos mediante el recurso a la documentación consignada sobre papel. Por ello, el artículo 11 no deberá ser interpretado como limitando en modo alguno la autonomía de las partes que no recurran para la negociación de su contrato a formas de comunicación electrónica”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 49.

necesario establecer una serie de reglas propias del comercio electrónico que contribuyan a resolver ciertas inquietudes que surgen con el empleo de las tecnologías de la información y comunicación en la estructuración de declaraciones de voluntad. El régimen jurídico del comercio electrónico lo componen elementos como: La atribución de los mensajes de datos, el acuse de recibo, y el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos.

Atribución de los mensajes de datos

Bolivia

El art. 26 del Proyecto de Ley 80 de 2007 incluía las mismas reglas relativas a la atribución de los mensajes de datos previstas en los num. 1 y 2 del art. 13 de la LMCE. Desafortunadamente, ninguna de ellas aparece en la Ley 164 de 2011, ni en el Decreto Supremo 1793 de 2013, persistiendo la incertidumbre sobre la procedencia de los mensajes de datos, por ejemplo, cuando son remitidos por sistemas de información que operan automáticamente.

Colombia

La Ley 527 de 1999 reguló la atribución de los mensajes de datos en el artículo 16:

Atribución de un mensaje de datos. Se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando este ha sido enviado por: 1. El propio iniciador. 2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje, o 3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.⁶³³

En el art. 17 de la ley citada, se determinan algunas circunstancias a partir de las cuales se presume el origen del mensaje de datos:

Presunción del origen de un mensaje de datos. Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando: 1. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de este, o 2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.⁶³⁴

⁶³³ Colombia, Ley 527, Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

⁶³⁴ *Ibid.*

Adicionalmente, el art. 18 de la Ley 527 regula la correspondencia del mensaje de datos comunicado:

Concordancia del mensaje de datos enviado con el mensaje de datos recibido. Siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se entienda que proviene de él, o siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, en las relaciones entre el iniciador y el destinatario, este último tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. El destinatario no gozará de este derecho si sabía o hubiera sabido, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que la transmisión había dado lugar a un error en el mensaje de datos recibido.⁶³⁵

Estos tres artículos de la Ley 527 de 1999 son el resultado de dividir el art. 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, el cual consagra similar regulación a la atribución de los mensajes de datos.⁶³⁶

Es importante recalcar que las reglas sobre la atribución de los mensajes de datos preservan el principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos existente, de tal forma que las discusiones que se puedan presentar sobre representación o mandato se tendrán que solucionar acudiendo al derecho aplicable.⁶³⁷

Ecuador

El art. 10 de la Ley 67 de 2002 establece reglas sobre la procedencia e identidad de un mensaje de datos, así:

Salvo prueba en contrario se entenderá que un mensaje de datos proviene de quien lo envía y, autoriza a quien lo recibe, para actuar conforme al

635 *Ibíd.*

636 “El artículo 13 se inspira en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito, que define las obligaciones del expedidor de una orden de pago. El artículo 13 debe aplicarse cuando se plantee la cuestión de si un mensaje de datos fue realmente enviado por la persona que consta como iniciador. En el caso de una comunicación consignada sobre papel, el problema surgiría a raíz de una firma presuntamente falsificada del supuesto expedidor. En las comunicaciones electrónicas, puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante clave, criptografía o medio similar sea correcta. La finalidad del artículo 13 no es la de asignar responsabilidad, sino la atribución de los mensajes de datos. Establece una presunción de que en ciertas circunstancias un mensaje de datos se consideraría un mensaje emanado del iniciador, y hace una reserva a esa presunción si el destinatario sabía o debiera haber sabido que el mensaje de datos no emanaba del iniciador”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 51.

637 “El párrafo 2) se refiere al supuesto de que el mensaje haya sido enviado por una persona distinta del iniciador facultada para actuar en nombre del iniciador. El propósito del párrafo 2) no altera en nada el régimen interno de la representación o mandato, y la cuestión de si la otra persona estaba, de hecho y de derecho, facultada para actuar en nombre del iniciador se regirá por la norma de derecho interno por lo demás aplicable”, *Ibíd.*

contenido del mismo, cuando de su verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica, excepto en los siguientes casos: a) Si se hubiere dado aviso que el mensaje de datos no proviene de quien consta como emisor; en este caso, el aviso se lo hará antes de que la persona que lo recibe actúe conforme a dicho mensaje. En caso contrario, quien conste como emisor deberá justificar plenamente que el mensaje de datos no se inició por orden suya o que el mismo fue alterado; y, b) Si el destinatario no hubiere efectuado diligentemente las verificaciones correspondientes o hizo caso omiso de su resultado.⁶³⁸

El art. 10 de la Ley 67 de 2002 no utiliza la misma redacción del art. 13 de la LMCE referente a la atribución de los mensajes de datos, pero basándose parcialmente en él, hace una regulación similar con ciertas variaciones. Particularmente, tiene en cuenta las reglas establecidas en los num. 1, 3 y 4 del citado artículo de la ley modelo.

Para que el destinatario pueda considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, se le exige al destinatario que haya aplicado adecuadamente un procedimiento que, en el caso de la ley ecuatoriana, consiste en que al realizar la verificación exista concordancia entre la identificación del emisor y su firma electrónica. En complemento, se establecen dos salvedades, que son adecuaciones de lo dispuesto en los lits. a) y b) del num. 4 del art. 13 de la ley modelo.

Perú

La Ley 27291 de 2000 que modifica el Código Civil peruano permitiendo el uso de mensajes de datos para comunicar la manifestación de voluntad, no hace alusión a la atribución de los mensajes de datos, con lo que toma distancia de las reglas previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Como el legislador peruano, para darle reconocimiento jurídico a los mensajes de datos, optó solamente por adecuar el Código Civil, dejó a un lado detalles como la atribución de los mensajes de datos, sin tener en cuenta la importancia que representa para la contratación electrónica, ya que las declaraciones de voluntad en ocasiones se hacen por interpuesta persona o por sistemas de información automatizados, siendo necesario tener claro a quién se imputarán.

Acuse de recibo

Al no estar exento el comercio electrónico de posibles fallas en el proceso de comunicación, es fundamental contar con procedimientos que

⁶³⁸ Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

permitan a las partes tener certeza de la recepción de los mensajes. Uno de esos procedimientos es el acuse de recibo.

Bolivia

Ni la Ley 164 de 2011 (Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de información y comunicación), ni en el decreto supremo 1793 de 2013 (Reglamento para el desarrollo de tecnologías de información y comunicación), tuvieron en cuenta el art. 25 del Proyecto de Ley 80 de 2007 con el que se pretendió normar dentro del derecho boliviano el acuse de recibo inspirado en el art. 14 de la LMCE.

Colombia

Los efectos del acuse de recibo en el derecho colombiano, según lo define la Ley 527 de 1999, dependerán en buena medida de lo acordado por las partes. Lo que hace dicha ley simplemente es trazar reglas supletivas o subsidiarias sobre la forma o el método para efectuarlo. Así ocurre con el art. 20 de la citada ley:

Acuse de recibo. Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre estos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no; b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos. Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquel ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo.⁶³⁹

De manera complementaria, se definen sus efectos en el art. 21, considerando que el mensaje de datos efectivamente ha sido recibido:

Presunción de recepción de un mensaje de datos. Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que este ha recibido el mensaje de datos. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.⁶⁴⁰

639 Colombia, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.*

640 Colombia, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos.*

Finalmente, sobre este punto, la Ley 527 de 1999 retoma el principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos, ya que el art. 22 señala: “Efectos jurídicos. Los artículos 20 y 21 únicamente rigen los efectos relacionados con el acuse de recibo. Las consecuencias jurídicas del mensaje de datos se regirán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos”.⁶⁴¹

Los arts. 20, 21 y 22 de la Ley 527 de 1999, provienen del art. 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, concordando en su orientación en no alterar el derecho existente de obligaciones y contratos, más allá de establecer ciertas pautas para inferir que se ha recibido el mensaje de datos.⁶⁴²

Ecuador

La Ley 67 de 2002 (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos), así como el Decreto Ejecutivo 3496 de 2002 (Reglamento a la Ley de Comercio Electrónico), carecen de normas relativas al acuse de recibo. No obstante, el Proyecto de Código de Comercio, incluye reglas sobre acuse de recibo en los arts. 262 y 263, disposiciones influenciadas por el art. 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, pero incorrectamente adaptadas. Por una parte, no se tiene en cuenta que la aplicación de las normas sobre acuse de recibo depende de que se solicite o se pacte su uso, tal como lo dispone el numeral primero del art. 14 de la ley Modelo. Asimismo, se deja a un lado que cuando se acuerda el acuse de recibo, pero no se precisa la forma o el método, se pueda surtir de la manera indicada en el numeral segundo del art. 14 de la LMCE.

Por otro parte, se comete una imprecisión en el art. 262, pues en vez de plantear, como se expresa en el numeral tercero del art. 14 de la LMCE, que cuando se condicione los efectos del mensaje de datos a la recepción de un acuse de recibo se tendrá por no enviado mientras no se reciba el acuse de recibo, lo que hace el Proyecto de Código de Comercio es partir

⁶⁴¹ *Ibíd.*

⁶⁴² “El empleo funcional de acuses de recibo es una decisión comercial que deben tomar los usuarios del comercio electrónico; la Ley Modelo no tiene la finalidad de imponer ningún procedimiento de este tipo. No obstante, habida cuenta de la utilidad comercial de un sistema de acuse de recibo y del uso extendido de esos sistemas en el contexto del comercio electrónico, se consideró que la Ley Modelo debía abordar una serie de cuestiones jurídicas derivadas del uso de procedimientos de acuse de recibo. [...] Las disposiciones del artículo 14 se basan en el supuesto de que los procedimientos de acuse de recibo han de utilizarse a la discreción del iniciador. El artículo 14 no se propone abordar las consecuencias jurídicas que podrían dimanarse del envío de un acuse de recibo, aparte de determinar que se ha recibido el mensaje de datos”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 54.

del supuesto contrario, indica que cuando no se condicione los efectos del mensaje de datos a la recepción de un acuse de recibo se tendrá por no enviado mientras no se reciba el acuse de recibo.

Es desacertado normar el acuse de recibo de esa manera, ya que lo convierte en requisito adicional de los contratos celebrados por medios electrónicos, excluyendo otras formas y métodos de verificar la recepción de los mensajes de datos, y cuya aplicación debe depender de las partes. Al parecer, se trata de un error de transcripción en el Proyecto de Código de Comercio, toda vez que el artículo 263 parte del mismo enunciado, pero con efectos completamente distintos, coincidentes con los enunciados en el num. 4 del art. 14 de la Ley Modelo.

Perú

La única disposición relacionada con el acuse de recibo dentro del derecho peruano la encontramos en el art. 1 de la Ley 27291 de 2000, modificatorio del art. 1374 del Código Civil. Este art. establece que cualquier declaración contractual se considera conocida en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, y que si se realiza con el uso de medios electrónicos se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.⁶⁴³

Esta modificación hecha al Código Civil peruano en nada tiene en cuenta el acuse de recibo del art. 14 de la LMCE, puesto que en el fondo lo que se regula es cuándo se consideran conocidas las declaraciones contractuales. La regla general que se consagra es que se consideran conocidas cuando llegan a la dirección del destinatario. Se establece una excepción, al presumir que, si se utilizan medios electrónicos, la recepción de la declaración contractual tendrá lugar cuando el remitente reciba el acuse de recibo.⁶⁴⁴

643 Perú, Ley 27291, *Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica*.

644 “[...] tal como se encuentra regulado el tema en nuestra legislación vigente, el acuse de recibo pareciera ser obligatorio cuando se contrata a través de medios electrónicos, mecánicos u otros análogos, en cualquier supuesto. En consecuencia, si contratásemos por teléfono, facsímil, *fax*, *modem*, Internet, EDI o lo que fuere, tendríamos que utilizar esta presunción. Sin embargo, a pesar del error del legislador peruano —al efectuar la mencionada generalización—, consideramos que extender los alcances de esta norma sería un absurdo, porque si dos o más partes quieren contratar con la modalidad de acuse de recibo, sería absolutamente necesario que exista un pacto previo. [...] el legislador peruano recogió la práctica internacional a través de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI; esto es, respecto de la utilización del *acuse de recibo* como elemento importante para la formación de los contratos. Sin embargo, dejamos constancia de que la Ley Modelo, de acuerdo con su condición de ley supranacional y en virtud de los principios generales del comercio electrónico, respeta el Derecho de los Contratos de cada una de las legislaciones nacionales [...]”. Castillo y Horna, *Tratado de la teoría general de los contratos*, 263.

No se trata de una norma que regule en sí el acuse de recibo, sino que establece una consecuencia jurídica por su utilización, cual es precisar cuándo se ha recibido la declaración contractual en el evento de hacer uso de medios electrónicos.⁶⁴⁵

Tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos

Bolivia

El art. 24 del Proyecto de Ley 80 de 2007 trató de reglamentar el envío y recepción de los mensajes de datos dentro del derecho boliviano. Al hacerlo se basó, en buena medida, en el art. 15 de la LMCE.⁶⁴⁶

El momento de envío y recepción de los mensajes de datos era el mismo fijado por la Ley Modelo. En cuanto al lugar de envío y recepción de los mensajes de datos, a diferencia de la Ley Modelo que se inclina por el establecimiento del iniciador o del destinatario, el Proyecto de Ley boliviano tuvo en cuenta el domicilio legal de las partes, el domicilio que consta en el certificado de firma electrónica, el domicilio establecido en el sitio

⁶⁴⁵ “[...] en la contratación electrónica no instantánea o sin comunicación inmediata, de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil, los contratos se forman en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente, para lo cual en la contratación electrónica se requiere del acuse de recibo, instrumento que va a constituir elemento indispensable para propiciar certeza respecto de la llegada de los mensajes de datos a sus destinatarios. Ello, por cuanto en la compraventa por Internet, el oferente no conoce la aceptación en el momento en que se produce y tampoco el aceptante conoce simultáneamente cuándo aquel recibió su aceptación, por lo que no existe inmediatez entre la oferta y la aceptación”, Vargas-Machuca, “La contratación electrónica y el comercio electrónico”, 58.

⁶⁴⁶ El art. 24 del proyecto de Ley 80 de 2007 establecía: “Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes: I. El momento de la emisión del mensaje de datos será cuando el mensaje de datos 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 o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto. II. El momento de recepción de un mensaje de datos será cuando se produzca una de las siguientes condiciones: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar en el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o cuando se envíe el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, se producirá la recepción 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. III. El lugar de emisión y recepción de los mensajes de datos será el lugar donde las partes tienen sus domicilios legales, el domicilio que consta en el certificado de firma electrónica del emisor o del destinatario, o el domicilio establecido en el sitio Web del emisor o del destinatario. Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos”, Bolivia, *Proyecto de Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico 080/2007*.

web, y, de no poderse establecer los anteriores, lo sería el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.

Con todo, la Ley 164 de 2011 y el Decreto Supremo 1793 de 2013, que son las normas vigentes en Bolivia sobre la materia, no abordan el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos. Esta omisión dificulta resolver, cuando se trata de mensajes de datos, el momento en el cual el proponente recibe la respuesta de aceptación de su ofrecimiento que, según el artículo 815 del Código de Comercio boliviano, delimita el perfeccionamiento de los contratos celebrados por correspondencia.

Colombia

La Ley 527 de 1999 estableció parámetros para concretar jurídicamente el momento y lugar tanto del envío como de la recepción de los mensajes de datos. En el art. 23 se estipula el momento en que se considera enviado: "Tiempo del envío de un mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de este".⁶⁴⁷

En el art. 24 se fija el momento en que es recibido:

Tiempo de la recepción de un mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar: 1. En el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o 2. 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 cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario. Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje de datos conforme al artículo siguiente.⁶⁴⁸

Finalmente, en el art. 25 se define el lugar de envío y de recepción:

Lugar del envío y recepción del mensaje de datos. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en

647 Colombia, Ley 527, *Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.*

648 *Ibid.*

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 artículo: a) Si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal; b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.⁶⁴⁹

Las normas sobre tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos incluidas en la Ley 527 de 1999, se introdujeron en la legislación colombiana con base en el art. 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, no siendo determinante el lugar de ubicación de los sistemas de información, y priorizando por el criterio del establecimiento de las partes.⁶⁵⁰

Definir el tiempo y lugar del envío y la recepción de las comunicaciones es fundamental dentro de la legislación colombiana. Es así como para efectos del perfeccionamiento del contrato el art. 864 del Código de Comercio advierte: “[...] se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta. [...]”⁶⁵¹

Si se trata de mensajes de datos, podría surgir la duda en qué momento se considera recibida la aceptación de la propuesta por el proponente. A ello contribuyen las reglas establecidas en el art. 24 de la Ley 527 de 1999: En el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado, o en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos si es enviado a un sistema de información diferente del designado por el destinatario (cuando el destinatario ha designado un sistema de información); o en el momento en que el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario (cuando el destinatario no ha designado un sistema de información).

649 *Ibíd.*

650 “El artículo 15 deriva del reconocimiento de que, para la aplicación de muchas normas jurídicas, es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio. La Ley Modelo, pues, tiene por objeto dejar constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente y prevé un criterio más objetivo, a saber, el establecimiento de las partes. A ese respecto, cabe señalar que el artículo 15 no tiene por objeto enunciar una regla de conflicto de leyes”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 57.

651 Colombia, *Código de Comercio*.

Ecuador

El art. 11 de la Ley 67 de 2002 regula el envío y recepción de los mensajes de datos. El momento de emisión y de recepción del mensaje de datos es el mismo establecido en el art. 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Respecto al lugar de envío y recepción del mensaje de datos, no se tiene en cuenta el criterio del establecimiento del iniciador o del destinatario fijado por la LMCE. En su reemplazo, la ley ecuatoriana de comercio electrónico acude a criterios complementarios como el domicilio legal o el domicilio que conste en el certificado de firma electrónica, y, de no poderse establecer, se tendrá por tal, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos.⁶⁵²

Esta norma facilita precisar el momento en el que se conteste aceptando la propuesta por parte del destinatario que, conforme al art. 145 del Código de Comercio ecuatoriano, es cuándo se perfecciona el contrato. Es decir, se considera emitido el mensaje de datos cuando ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de este o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto.

Perú

La Ley 27291 de 2000, al modificar el art. 1374 del Código Civil peruano relacionado con el conocimiento y contratación entre ausentes, plantea que cualquier declaración contractual se considera conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario. Adicionalmente, establece que si tal declaración contractual se hace por medio electrónico

652 El art. 11 de la Ley 67 de 2002 determina: "Salvo pacto en contrario, se presumirá que el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, son los siguientes: a) Momento de emisión del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese en un sistema de información o red electrónica que no esté bajo control del emisor o de la persona que envió el mensaje en nombre de este o del dispositivo electrónico autorizado para el efecto; b) Momento de recepción del mensaje de datos.- Cuando el mensaje de datos ingrese al sistema de información o red electrónica señalado por el destinatario. Si el destinatario designa otro sistema de información o red electrónica, el momento de recepción se presumirá aquel en que se produzca la recuperación del mensaje de datos. De no haberse señalado un lugar preciso de recepción, se entenderá que esta ocurre cuando el mensaje de datos ingresa a un sistema de información o red electrónica del destinatario, independientemente de haberse recuperado o no el mensaje de datos; y, c) Lugares de envío y recepción.- Los acordados por las partes, sus domicilios legales o los que consten en el certificado de firma electrónica, del emisor y del destinatario. Si no se los pudiere establecer por estos medios, se tendrán por tales, el lugar de trabajo, o donde desarrollen el giro principal de sus actividades o la actividad relacionada con el mensaje de datos", Ecuador, Ley 67, *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*.

se presume la recepción de la declaración cuando el remitente reciba el acuse de recibo.⁶⁵³

El legislador peruano, al modificar el conocimiento y contratación entre ausentes consagrado en el Código Civil permitiendo la utilización de medios electrónicos, no tuvo en cuenta las disposiciones modelo de la CNUDMI en relación con el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos. La presunción que se introdujo al art. 1374 del Código Civil, según la cual, si el remitente recibe acuse de recibo se considera la recepción de la declaración por parte del destinatario, no define reglas sobre el momento o el lugar en los que se envía o se recibe el medio electrónico. Dicha norma ayuda a deducir la recepción de declaraciones contractuales por medios electrónicos, pero no contribuye a definir el momento y lugar de recepción ni de expedición de los mensajes de datos por medio de los cuales se comunican esas declaraciones contractuales.

Este vacío dificulta determinar el perfeccionamiento del contrato celebrado por medios electrónicos. La regla en Perú es que se perfecciona en el momento en que la aceptación es conocida por el oferente (art. 1373, Código Civil peruano), pese a ello, las declaraciones contractuales se consideran conocidas cuando llegan a la dirección del destinatario, y si se hace uso de medios electrónicos se presume la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo (art. 1374, Código Civil peruano).⁶⁵⁴

Así las cosas, el contrato electrónico en el derecho peruano se perfeccionaría cuando el destinatario de la oferta reciba acuse de recibo por parte del oferente del mensaje de datos que contiene la aceptación. Se presume que la aceptación fue recibida por el oferente cuando el aceptante reciba el acuse de recibo, una vez se presume la recepción de la aceptación se considera conocida por el oferente, con lo cual el contrato queda perfeccionado.

Ahora bien, el problema que persiste es que el legislador peruano no resolvió cómo determinar el momento en que el aceptante recibe el mensaje de datos que contiene el acuse de recibo.

653 Perú, Ley 27291, *Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.*

654 Perú, *Código Civil.*

Desempeño de los elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico en los países de la Comunidad Andina

Finalmente, en cuanto a los elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico, la atribución de los mensajes de datos no ha sido regulada en Bolivia ni en Perú, en cambio en Colombia y Ecuador ha sido normada en sintonía con la ley modelo. El acuse de recibo no se ha reglado en Bolivia y Ecuador, en Colombia sí conforme a la ley modelo, y en Perú no como la ley modelo, pero establece consecuencias jurídicas por su utilización. A diferencia de Bolivia y Perú, Colombia y Ecuador tuvieron en cuenta las disposiciones modelo sobre el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos. Ecuador se apartó del criterio del establecimiento del iniciador o del destinatario fijado por la ley modelo para determinar el lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos, acudiendo a aspectos como el domicilio, el lugar de trabajo, del giro principal de sus actividades o las relacionadas con el mensaje de datos.

La atribución de los mensajes de datos, el acuse de recibo, y el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos, elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico, son aspectos sobre los cuales se presenta el menor grado de armonización, principalmente por vacíos legislativos o por diferencia de criterios.

Las leyes modelo de la CNUDMI han contribuido en la progresiva aproximación que van teniendo los ordenamientos jurídicos de la CAN en materia de comercio electrónico. No obstante, como es propio de esta clase de instrumentos de armonización del comercio internacional, los legisladores han realizado ajustes o dejan vacíos que en ocasiones los alejan de las disposiciones modelo.

A pesar de algunos avances, como el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos, las leyes modelo son insuficientes para contar con una regulación coherente sobre comercio electrónico en la subregión andina. Aún existen contradicciones u omisiones sobre las aplicaciones concretas de la equivalencia funcional, no se atiende la neutralidad tecnológica, se altera el derecho de obligaciones y contratos, y se sobredimensiona o se menosprecia la libertad contractual. Además, es caótico el estado en que se encuentran los elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico.

Recomendaciones para fortalecer la armonización del comercio electrónico en los países de la Comunidad Andina

Es evidente la necesidad de una norma comunitaria que regule de manera consistente el comercio electrónico al interior de la CAN. Al efecto, existen múltiples instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional que pueden servir de referencia, tales como, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). La dificultad práctica de este planteamiento es la situación actual de la CAN como organización supranacional, que ha dejado a un lado sus facultades normativas.⁶⁵⁵

Otra opción es acudir a un instrumento de carácter vinculante del derecho uniforme del comercio internacional, como lo es la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), empero, se trata de un procedimiento complejo que no todos los Estados están dispuestos a realizar.⁶⁵⁶

Frente a la dificultad de que cada Estado ratifique la citada convención de forma independiente, una solución que se podría estudiar es que la CAN, como organización supranacional, firme la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005).⁶⁵⁷

655 “La Región Andina posee la CAN, organismo que tiene entre sus potestades el desarrollar normativa regional, la misma que al ser puesta en vigencia, es normativa para todos los países de la región, por lo cual el avance en temas de una armonización, pudiera (y debiera) estar pensado desde la perspectiva de una ‘Decisión Andina’ en la temática. [...] la diferencia de definiciones y caminos que han seguido Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela en la regulación de la temática, permite apreciar que la inexistencia de una política de armonización (y por ende de una normativa armonizada), generarán (cuando ya no lo estén generando) problemas para la integración, no solo comercial, sino de transferencia de documentos digitales. El hecho de que las experiencias comerciales ‘digitales’ no se estén realizando en gran escala al interior de la región, no permitido apreciar las limitantes de tener legislaciones dispares. Cabe destacar, que en el año 2000 la CAN, se planteó la necesidad del desarrollo de una legislación armónica, pero lamentablemente la misma no se pudo desarrollar”, Erick Iriarte Ahon, *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*, 29.

656 De los países miembros de la Comunidad Andina, el único que ha firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) es Colombia, sin que aún se haya ratificado. La situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) puede ser consultada en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html, consulta: 14 de enero de 2015.

657 El art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), dispone: “Participación de organizaciones regionales de integración económica. 1. Toda organización regional de integración económica que

A falta de norma comunitaria y ante la ausencia de un instrumento vinculante del derecho uniforme del comercio internacional, se sugiere a los países miembros de la CAN que legislen sobre el comercio electrónico de manera independiente, pero teniendo en cuenta más de cerca las disposiciones modelo de la CNUDMI.

A continuación, se presentan algunas recomendaciones dirigidas a los legisladores nacionales de los países miembros de la CAN en aras de incrementar el acercamiento de sus ordenamientos jurídicos y propiciar una regulación coherente del comercio electrónico:

1. Principio de equivalencia funcional y no discriminación: un paso importante hacia la armonización del comercio electrónico en la CAN lo constituye el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Sin embargo, su implementación está estrechamente relacionada con el tratamiento que cada país le dé, en el contexto electrónico, a aspectos como, escrito, original, firma, prueba y contrato.⁶⁵⁸

Por esta razón, es recomendable que tenga desarrollo legal en armonía con las normas modelo los equivalentes funcionales de escrito y original en Bolivia y Perú, ya que tales vacíos dificultan la materialización de este principio.⁶⁵⁹ La exigencia de escrito queda suplida si la información es

esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la presente Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar la presente Convención o adherirse a esta”, Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales* (2005): 9.

658 “Es satisfactorio notar que al menos tres de los Países Miembros de la Comunidad Andina adoptaron la misma definición de mensajes de datos (con algunas variantes) consagrada en ambas Leyes Modelo de la CNUDMI. [...] La Ley colombiana incluyó como parte de los mensajes de datos, a la Internet; mientras que la Ley ecuatoriana consideró los documentos y registros electrónicos y los servicios web como mensajes de datos. Pensamos que, la Internet y los Servicios Web podrían ser considerados como sinónimos o elementos equivalentes. Las normas ecuatoriana y venezolana se asemejan en que ambas establecen que los mensajes de datos es toda información inteligible en formato electrónico ... archivada por medios electrónicos que puede ser almacenada o intercambiada por cualquier medio. Recomendación. Consideramos que una definición única y uniforme de mensaje de datos debería estar en armonía con lo dispuesto en Colombia, Ecuador y Perú”, Sarmiento, *Legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina*, 28, <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>, consulta: 8 de febrero de 2016.

659 Al efecto, podría tenerse en cuenta la definición de escrito del artículo 6 de la LMCE, según el cual: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta”, a su vez, tener como referente el artículo 8 de la Ley Modelo, en el que se precisa cómo en un mensaje de datos puede ser satisfecha la exigencia de original: “a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar”,

accesible para su ulterior consulta,⁶⁶⁰ y la exigencia de original se satisface si se ha conservado la integridad de la información, además de poder ser mostrada en caso de exigirse su presentación.⁶⁶¹

De la misma manera, en dichas legislaciones se sugiere que tanto la firma como la admisibilidad probatoria de los mensajes de datos no se los asocie con una tecnología específica, ya que restringe el principio de equivalencia funcional y desconoce el principio de neutralidad tecnológica.⁶⁶²

2. Principio de neutralidad tecnológica: si bien la noción de mensaje de datos no se relaciona con una tecnología específica en ninguno de los países de la CAN, no ocurre lo mismo con el concepto de firma, ya que en Bolivia y Perú la tendencia es marcada hacia la criptografía de clave pública, una tecnología específica de firmas. Se propone entonces, que la regulación del comercio electrónico no se ate a ningún tipo de tecnología en aras de facilitar su adaptabilidad.

3. Principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos: se exhorta en particular al Perú a recordar que las normas que se introduzcan para regular el comercio electrónico no tienen como finalidad modificar las reglas existentes sobre obligaciones y contratos, de

660 "En vez de concentrarse en funciones específicas de un 'escrito', por ejemplo, su función probatoria en el contexto del derecho fiscal o su función de advertencia en el contexto del derecho civil, el artículo 6 se centra en el concepto básico de que la información se reproduce y se lee. [...] esta idea se expresa en términos que se consideró que fijaban un criterio objetivo, a saber, que la información de un mensaje de datos debe ser accesible para su ulterior consulta. Al emplear la palabra 'accesible' se quiere sugerir que la información en forma de datos informatizados debe ser legible e interpretable y que debe conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible esa información. [...] En cuanto a la noción de 'ulterior consulta', se prefirió a otras nociones como 'durabilidad' o 'inalterabilidad', que hubiesen establecido un criterio demasiado estricto, y a nociones como 'legibilidad' o 'inteligibilidad', que podrían constituir criterios demasiado subjetivos", Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 38.

661 "El artículo 8 subraya la importancia de la integridad de la información para su originalidad y fija criterios que deberán tenerse en cuenta al evaluar la integridad: la consignación sistemática de la información, garantías de que la información fue consignada sin lagunas y protección de los datos contra toda modificación. El artículo vincula el concepto de originalidad a un método de autenticación y se centra en el método de autenticación que debe utilizarse para cumplir el requisito", *ibíd.*, 44.

662 En este sentido, es útil la equivalencia funcional de firma que consagra la LMCE el artículo 7.- "a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente", Al igual, la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos establecida en el artículo 9, toda vez que no se los vincula a una tecnología específica.

tal manera que no se debió prescribir que la contratación por medios electrónicos requiere del acuse de recibo, no al menos en la forma en que lo ha regulado Perú, es decir, como si fuera el único sistema que permite presumir la recepción del mensaje para garantizar la formación del contrato.

4. Principio de libertad contractual: la LMCE permite modificar mediante acuerdo las reglas relativas a la comunicación de los mensajes de datos, pero dicha posibilidad no se extiende a las disposiciones generales ni a la aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos.⁶⁶³ Lo anterior significa que la libertad de configuración no es absoluta, que por vía contractual las partes no se pueden sustraer de normas que son pilares del derecho del comercio electrónico. En ese sentido, se recomienda a Bolivia revisar el alcance que se le ha dado a la libertad contractual, puesto que de ella depende incluso la validez de los documentos electrónicos. Asimismo, se le propone a Perú dejar un margen a la libertad contractual en la utilización de las comunicaciones electrónicas, específicamente respecto a la comunicación de los mensajes de datos.

5. Elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico: la atribución de los mensajes de datos, debe ser regulada por Bolivia y Perú en sintonía con el art. 13 de la LMCE, en el que se considera que un mensaje de datos proviene del iniciador cuando ha sido enviado por: 1. El propio iniciador. 2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador. 3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente. Adicionalmente, dicho artículo delimita ciertos eventos en los que el destinatario puede presumir que el mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando: 1. El destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador, para comprobar que el mensaje provenía del iniciador. 2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio. En complemento, la citada norma precisa bajo qué condiciones se

663 “Debe considerarse que las disposiciones del capítulo II enuncian el requisito mínimo aceptable en materia de forma de los actos jurídicos, por lo que deberán ser consideradas como de derecho imperativo, salvo que se disponga en ellas expresamente otra cosa. La indicación de que esos requisitos de forma han de ser considerados como el “mínimo aceptable” no deberá ser, sin embargo, entendida como una invitación a establecer requisitos de forma más estrictos en el derecho interno que los enunciados en la Ley Modelo”, Naciones Unidas, CNUDMI, *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico*, 23.

puede inferir que el mensaje de datos enviado concuerda con el mensaje de datos recibido, señalando que en aquellos casos en que un mensaje de datos provenga del iniciador o que se presuma que proviene de él, el destinatario podrá considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador.⁶⁶⁴

De la misma manera, se propone con respecto al acuse de recibo que se tenga en cuenta el art. 14 de la LMCE en Bolivia y Ecuador, países que no lo han normado; asimismo, en Perú, donde solamente se incluyó una consecuencia jurídica por su utilización, que fue establecer cuándo se ha recibido la declaración contractual. Conforme al artículo mencionado, si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, sin especificar la forma para hacerlo, se podrá acusar recibo mediante: 1. Toda comunicación del destinatario, automatizada o no. 2. Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.⁶⁶⁵

Finalmente, se recomienda a Bolivia y Perú llenar los vacíos legislativos existentes sobre el tiempo y lugar del envío y recepción de los mensajes de datos siguiendo el art. 15 de la LMCE. Tal disposición, dejando a salvo la autonomía privada, indica que el momento de expedición será cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador. La recepción de un mensaje de datos se determinará: 1. Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar: a) En el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o b) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información que no sea el designado por destinatario, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; 2. Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario. El mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar

664 "En las comunicaciones electrónicas, puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante clave, criptografía o medio similar sea correcta. La finalidad del artículo 13 no es la de asignar responsabilidad, sino la atribución de los mensajes de datos. Establece una presunción de que en ciertas circunstancias un mensaje de datos se consideraría un mensaje emanado del iniciador, y hace una reserva a esa presunción si el destinatario sabía o debiera haber sabido que el mensaje de datos no emanaba del iniciador", *Ibíd.*, 51.

665 "Las disposiciones del artículo 14 se basan en el supuesto de que los procedimientos de acuse de recibo han de utilizarse a la discreción del iniciador. El artículo 14 no se propone abordar las consecuencias jurídicas que podrían dimanarse del envío de un acuse de recibo, aparte de determinar que se ha recibido el mensaje de datos", *ibíd.*, 54.

donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.⁶⁶⁶

⁶⁶⁶ “El artículo 15 deriva del reconocimiento de que, para la aplicación de muchas normas jurídicas, es importante determinar el tiempo y el lugar del recibo de la información. El empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar. No es desusado que los usuarios del comercio electrónico y otros medios conexos de comunicación se comuniquen de un Estado a otro sin percatarse de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Además, la ubicación de ciertos sistemas de comunicación bien puede modificarse sin que ninguna de las partes tenga noticia del cambio. La Ley Modelo, pues, tiene por objeto dejar constancia de que la ubicación de los sistemas de información es indiferente y prevé un criterio más objetivo, a saber, el establecimiento de las partes. A ese respecto, cabe señalar que el artículo 15 no tiene por objeto enunciar una regla de conflicto de leyes”, *ibíd.*, 57.

Conclusiones

A finales del siglo XIX emerge la idea del derecho uniforme del comercio internacional en procura de remediar los problemas que la pluralidad de ordenamientos jurídicos representaba para el comercio internacional. En el siglo XX, sobre todo en la segunda mitad, el desarrollo del comercio internacional intensificó el proceso unificador del derecho mercantil internacional. La inseguridad jurídica derivada de la pluralidad de ordenamientos no encontró respuestas satisfactorias en el derecho internacional privado, ni la autonomía de la voluntad, ni las normas del derecho internacional privado, ni siquiera su unificación fueron suficientes. Incluso, la nueva *lex mercatoria* trajo mayor incertidumbre e imprevisibilidad. Ello explica por qué la intención de unificar las normas de conflicto relativas a las relaciones mercantiles internacionales fue sustituida por la de unificar las normas sustanciales.

El derecho uniforme del comercio internacional es un proceso inacabado, que ha tenido resultados parciales, en ciertas áreas que posibilitan esta actividad. Su cobertura es limitada por los obstáculos que implica la adopción de los instrumentos internacionales por los Estados.

El derecho uniforme del comercio internacional y el derecho internacional privado no son excluyentes. Como el derecho uniforme del comercio internacional no abarca todos los asuntos relativos a las relaciones mercantiles internacionales, el derecho internacional privado se encarga de completarlo. La uniformidad con intervención estatal y la uniformidad proveniente de los comerciantes tampoco se oponen, se compenetran. El derecho uniforme de los comerciantes se debe construir sobre la base de un derecho uniforme legislado.

Los principales actores del derecho uniforme del comercio internacional son: la CNUDMI, el UNIDROIT y la CCI. Para unificar las normas sustanciales, estas organizaciones internacionales suministran instrumentos vinculantes como las convenciones, y no vinculantes como las leyes modelo, las guías legislativas, las guías jurídicas, los principios sobre los contratos comerciales internacionales, las reglas uniformes sobre crédito documentario y los INCOTERMS.

Los alcances de estos instrumentos varían, mientras unos se dirigen a la creación de normas comunes para los países, como es el caso de las

convenciones, otros tratan de hacer compatibles los diferentes sistemas jurídicos existentes en el mundo, como sucede con las leyes modelo. Las primeras (convenciones), a pesar de las dificultades para su entrada en vigor, pueden asegurar en mayor medida la unificación. Con las segundas (leyes modelo), es incierto el grado de armonización que se puede lograr. No obstante, el punto de partida, en cuanto al método de reglamentación, es el mismo. Se trata de cuerpos normativos que regulan directamente la relación jurídica mercantil internacional, excluyendo la remisión a algún derecho estatal.

Los Estados son el soporte, tanto del derecho uniforme convencional (convenciones) como del derecho uniforme unilateral (leyes modelo), buscando la unificación desde arriba (los Estados) hacia abajo (la sociedad internacional de comerciantes). En cambio, el derecho uniforme de producción autónoma (Reglas y Usos Uniformes e INCOTERMS) se estructura a partir de la misma sociedad de comerciantes en una unificación desde abajo hacia arriba.

Mientras que la eficacia de los instrumentos del derecho uniforme convencional y unilateral dependen de la voluntad de los Estados, la eficacia de los instrumentos del derecho uniforme autónomo, en principio, depende de la voluntad de las partes. Ante las dificultades para que los logros del derecho uniforme convencional fueran más significativos, se da paso al derecho uniforme unilateral, en el que los Estados por sí mismos toman la decisión de hacer parte del proceso de unificación y armonización de las normas atinentes al derecho mercantil internacional.

Las leyes modelo son instrumentos legislativos de armonización del derecho a nivel internacional elaboradas por las agencias formuladoras, no son vinculantes, de tal forma que un Estado puede no introducirla a su ordenamiento, si decide hacerlo, podrá igualmente modificarla o adecuarla a sus necesidades, lo que relativiza su eficacia en los procesos de armonización.

La forma como se realizan las comunicaciones, el objeto de las transacciones y las partes contratantes, son los ejes sobre los que se construye el concepto de comercio electrónico. Los medios electrónicos permiten que sujetos ubicados en diferentes países puedan establecer relaciones jurídicas que traspasan fronteras en una plataforma alterna a los cauces tradicionales. Al tratarse de un fenómeno con connotación global, el comercio electrónico requiere de una regulación con alcances similares, su armonización y unificación es imperiosa frente a la inseguridad jurídica que representa la regulación independiente de cada Estado.

El principio de equivalencia funcional y no discriminación, procura, por una parte, que la información en forma de mensaje de datos tenga reconocimiento jurídico en similares términos a los documentos tradicionales.

Por otra parte, que no se le dé un tratamiento diferencial a la información contenida en esta clase de formatos. El principio de neutralidad tecnológica persigue que los avances en las tecnologías de la información y la comunicación no conviertan en obsoletas las normas reguladoras del comercio electrónico, por eso no se las debe vincular a una determinada tecnología. El principio de no alteración del derecho de obligaciones y contratos trata de que el derecho del comercio electrónico mantenga intacta tales disposiciones, salvo los ajustes necesarios por el reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. Finalmente, el principio de la libertad contractual se mantiene dentro del comercio electrónico.

El derecho uniforme del comercio electrónico está conformado por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), la Ley Modelo de la CNUMDI sobre Firmas Electrónicas (2001), la Convención de las Naciones Unidas sobre Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), y los *E-Terms* de la CCI (2004). Asimismo, el comercio electrónico ha tenido efectos en instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional, como los Principios de UNIDROIT y la Convención de Viena (1980).

La actividad de la Comunidad Andina frente al comercio electrónico se ha limitado a diagnosticar la necesidad de una normatividad que propicie su expansión en la región. Como organización supranacional y en ejercicio de sus facultades normativas, no ha desarrollado una regulación comunitaria sobre la materia, lo que constituye un obstáculo para el crecimiento del mercado común. En su lugar, recomienda a los países miembros que legislen individualmente teniendo en cuenta instrumentos del derecho uniforme del comercio electrónico. La CAN debe recordar que uno de los mecanismos establecidos para alcanzar los objetivos del Acuerdo de Integración Subregional, es la aproximación de las legislaciones nacionales. En esa medida, debería retomar sus facultades normativas para establecer unas reglas uniformes que brinden seguridad a las transacciones por medios electrónicos.

Todos los países de la Comunidad Andina cuentan con un marco legal para las transacciones electrónicas que incluye normas sobre mensajes de datos, comercio electrónico, firmas y certificados digitales. En términos generales, el grado de desarrollo de la legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la CAN es elevado, en su mayoría optaron por estructurar normas complementarias al Código Civil o Código de Comercio; solamente Perú decidió modificar el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.

El principio de equivalencia funcional y no discriminación es acogido en todos los países de la CAN, sin excepción, se les ha dado reconocimiento jurídico a los mensajes de datos. Pese a ello, en algunas legislaciones como Bolivia y Perú aún existen vacíos sobre el equivalente funcional del mensaje de datos como documento escrito y original, en estos países la función que desempeña un documento original, es que se haya conservado la integridad de la información, se ha vinculado con el concepto de firma. En Colombia y Ecuador la noción de firma electrónica concuerda con la LMCE, no obstante, en Bolivia y Perú se les da prioridad a las firmas con infraestructura de clave pública. En todos los países de la subregión se reconoce la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, pero en Bolivia y Perú se les da un tratamiento diferencial a los documentos electrónicos con firma digital o firma con infraestructura de clave pública. En la formación de los contratos, los ordenamientos jurídicos andinos son compatibles al equiparar los mensajes de datos a las comunicaciones tradicionales.

Teniendo en cuenta el principio de neutralidad tecnológica, hay sincronía en la manera como se concibe conceptualmente los mensajes de datos, puesto que no se encuentra atado a una determinada tecnología, en todos los países andinos se utilizan expresiones enunciativas sobre el medio electrónico empleado, de tal forma que no se restringe a ninguna tecnología en particular. Sin embargo, hay discrepancias con la noción de firma electrónica, mientras que Colombia y Ecuador acatan el principio de neutralidad tecnológica, Bolivia y Perú la direccionan hacia una tecnología específica de firmas, la criptografía de clave pública.

Concuerdan las legislaciones analizadas, ya que las normas que regulan el comercio electrónico procuraron no introducir trascendentales modificaciones al derecho de obligaciones y contratos, a excepción del caso peruano, que estableció consecuencias jurídicas al acuse de recibo de los mensajes de datos (presumiendo la recepción de la declaración contractual cuando el remitente reciba el acuse de recibo).

El principio de libertad contractual es introducido con ciertos matices en todas las legislaciones de los países miembros de la CAN. Bolivia deja a la voluntad de las partes la validez de los documentos digitales. En Colombia la libertad contractual se limita a las reglas relativas a la comunicación de los mensajes de datos. Ecuador permite regular en contrario sobre el tiempo y lugar de emisión y recepción del mensaje de datos, y complementar los requisitos de la firma electrónica. Perú no dejó margen a la libertad contractual en la utilización de las comunicaciones electrónicas, pero sí respecto a firmas digitales alternas a las de infraestructura oficial de firma electrónica.

La atribución de los mensajes de datos, el acuse de recibo, y el tiempo y lugar del envío y la recepción de los mensajes de datos, elementos constitutivos del régimen jurídico del comercio electrónico, son aspectos sobre los cuales se presenta el menor grado de armonización, principalmente por vacíos legislativos o por diferencia de criterios.

Las leyes modelo de la CNUDMI han contribuido en la progresiva aproximación de los ordenamientos jurídicos de la CAN en materia de comercio electrónico. No obstante, como es propio de esta clase de instrumentos de armonización del comercio internacional, los legisladores han realizado ajustes o dejan vacíos que en ocasiones los alejan de las disposiciones modelo, dificultado su armonización.

Con el objeto de superar las divergencias existentes entre los países miembros es necesario construir una norma comunitaria que regule de manera consistente el comercio electrónico al interior de la CAN. De forma alternativa, la Comunidad Andina como organización supranacional, podría firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005). De lo contrario, se sugiere a cada país miembro firmar dicha Convención.

Bibliografía

- Acosta, Felipe. *Incoterms, términos de compra-venta internacional*. Ciudad de México: Ediciones Fiscales ISEF, 1999.
- Adame, Jorge. "Hacia un concepto internacional de contrato". En *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, 15-32. Ciudad de México: UNAM-III, 1998.
- ALADI, Secretaría General, "Estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en otros esquemas de integración regional", *Estudio n.º 183* (2007).
- Alarcón, Gloria. "El soft law y nuestro sistema de fuentes". En *Tratado sobre la ley general tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, vol. 1, dirigido por Juan Martínez et al., 271-98. Navarra: Aranzadi, 2010.
- Albornoz, Jorge, y Paula All. *Crédito documentario*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.
- Almanza, Dennis. "De la *lex mercatoria* a los usos y prácticas relativos al crédito documentario (RUU 600)". *Cadernos da escola de direito* 1, n.º 14 (2011): 170-87.
- Alonso, Ana Belén. *Comercio electrónico: Antecedentes, fundamentos y estado actual*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Alterini, Atilio. "La *lingua franca* internacional en el derecho de contratos". En *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, coordinado por Fabricio Mantilla y Carlos Pizarro, 67-114. Bogotá: Universidad Diego Portales / Fundación Fueyo / Universidad del Rosario, 2008.
- Arias, María. *Manual práctico de comercio electrónico*. Madrid: La Ley, 2006.
- Ballesteros, Alfonso. *Comercio exterior: teoría y práctica*. Murcia: Universidad de Murcia, 1998.
- Baron, Gesa. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?" <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>.
- Barrera, Jorge. *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercancías*. Ciudad de México: UNAM-III, 1965.
- Basombrio, Ignacio. "Integración andina: instituciones y derecho comunitario". En *Taller internacional: Integración regional-lecciones de la experiencia de la Unión Europea y la Comunidad Andina*, Sao Paulo, 2004. <http://www.cepal.org/brasil/noticias/paginas/2/22962/BASOMBRIO-INTEGRACION%20ANDINA-INSTITUCIONES%20Y%20DERECHO.pdf>.
- Berger, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Biocca, Stella, Sara F. de Cárdenas y Victoria Basz. *Lecciones de derecho internacional privado. Parte general*, 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

- Boggiano, Antonio. *Curso de derecho internacional privado*, 2.^a ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Bonell, Michael Joachim. "Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", *The American Journal of Comparative Law* 40, n.º 3 (1992): 617-33.
- "Métodos de armonización no legislativos". En *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 18 a 22 de mayo de 1992, 29-36. Nueva York, Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.
- "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG—Alternatives or Complementary Instruments?". *Uniform Law Review* (1996): 26-39. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html>.
- "The UNIDROIT Principles in Practice, The Experience of the First Two Years". *Uniform Law Review* (1997): 34-44. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pr-exper.html>.
- *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Nueva York: Transnational Publishers, 2006.
- *Un «codice» internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.
- "Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?", en *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, editado por Camilla B. Andersen y Ulrich G. Schroeter, 62-76. Londres: Simmonds and Hill Publishing, 2008. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell5.html>.
- *An International Restatement of Contract Law: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Nueva York: Transnational Publishers, 2009.
- Bonell, Michael Joachim, y Roberta Peleggi, "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table", *Revue de Droit Uniforme* XIV (2009): 437-554. <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-3-bonell-peleggi-e.pdf>.
- Botana, Gema. "Noción de comercio electrónico" En *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, 5-64. Madrid: La Ley, 2001.
- Broches, Aron. "Nacimiento de la CNUDMI". En *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 a 22 de mayo de 1992, 5-7. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.
- Brosseta, Manuel, y Fernando Martínez. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 2007.
- Bullard, Alfredo. "La fábula de los tres chanchitos. Internet y los nuevos paradigmas contractuales". En *Instituciones de derecho privado. Comercio electrónico*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila, 83-113. Lima: Ara Editores, 2003.

- Burnett, Robin, y Vivienne Bath. *Law of International Business in Australasia*. Sydney: The Federation Press, 2009.
- Bustelo, Francisco. *Historia económica*. Madrid: Editorial Complutense, 1994.
- Cabrera, Alfonso. *Las reglas incoterms 2010®. Manual para usarlas con eficacia*. Madrid: Marge Books, 2013.
- Cadena, Walter. "La nueva *lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho". *Papel político* 13 (2001): 101-14. <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf>.
- . *La nueva lex mercatoria*. Bogotá: Universidad Libre, 2004.
- Calvo, Alfonso, y Javier Carrascosa. *Derecho internacional privado*, vol. I, 7.^a ed. Granada: Comares, 2006.
- . *Derecho internacional privado*, vol. II, 11.^a ed. Granada: Comares, 2010.
- . "Los contratos internacionales y el mito de la nueva *lex mercatoria*". En *Derecho internacional de los negocios*, t. III, compilado por Adriana Zapata de Arbeláez, 59-90. Bogotá: UEC, 2010.
- Camacho, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Madrid: Reus, 2005.
- Campuzano, Beatriz. *La repercusión del convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2000.
- Carbaugh, Robert. *Economía internacional*. Ciudad de México: Cengage Learning Editores, 2009.
- Cárdenas, Manuel José. *Armonización del derecho informático en América Latina: Del mito a la realidad*. Bogotá: Corporación Colombia Digital, 2012.
- . "E-comercio andino", *Portafolio*, 2000. <http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm>.
- . "Informe normativo sobre comercio electrónico Colombia". *Taller regional sobre ciberlegislación*. La Paz: UNCTAD, 15-18 de febrero, 2011.
- Castellanos, Esperanza. "Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales". *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, dirigida por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Jorge Oviedo Alban, 55-117. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2006.
- Castellot, Rafael. *La Unión Europea: Una experiencia de integración regional*. Ciudad de México: Editorial Plaza y Valdez, 2000.
- Castillo, Mario. *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada*. Lima: PUCP, 1996.
- Castillo, Mario, y Pierre Martín Horna. *Tratado de la teoría general de los contratos*. Lima: PUCP, 2006.
- Chambi, Ramiro. "¿Tiene respaldo jurídico el comercio electrónico en Bolivia?", 2012. <http://dechali.com/index.php/articulos/23-itiene-respaldo-juridico-el-comercio-electronico-en-bolivia>.
- Clemente, Mario. "La contratación electrónica". En *Derecho del consumo*, coordinado por María Reyes, 181-202. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

- Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones – CAATEL, “Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información”, XI Reunión Extraordinaria celebrada durante los días 17 y 18 de abril de 2000, Resolución CAATEL XI-EX-57, Lima.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, *Estudio sobre las perspectivas de la armonización de la ciberlegislación en América Latina*, Nueva York, Naciones Unidas, 2009.
- Czinkota, Michael, Ilkka A. Ronkainen y Michael H. Moffett. *Negocios internacionales*. Ciudad de México: Thompson, 2007.
- Davara, Miguel A. *Manual de derecho informático*. Navarra: Aranzadi, 2002.
- De La Puente, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2001.
- De Miguel, Pedro A. *Derecho privado de internet*. Madrid: Civitas, 2001.
- Díez-Picazo, Luis. “La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías”. En *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, coordinado por Jorge Oviedo Alban, 25-59. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2010.
- Duncker, Federico. *Derecho internacional privado: Parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- Eiselen, Siegfried. “E-Commerce and the CISG: Formation, Formalities and Validity”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2002): 305-18. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen6.html>.
- Erdős, André. “Nacimiento de la CNUDMI”. En *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 a 22 de mayo de 1992, 7-8. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.
- Erick Iriarte Ahon. *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas / CEPAL, 2005.
- European Commission. “An Introduction to Electronic Commerce”, 1997 (last updated on 2 July 1998). <http://ec.europa.eu/archives/ISPO/ecommerce/answers/introduction.html>.
- Falla, Alejandro. “La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances”. *Jurídica: Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana* 34 (2004): 45-58. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/34/pr/pr5.pdf>.
- Farnsworth, E. Allan. “An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *University of Baltimore Law Review* 26 (1997): 1-7. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html>.
- . “The American Provenance of the UNIDROIT Principles”. *Tulane Law Review* 72 (1998): 1985-1994. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns2.html>.
- . “Uncitral-Why? What? How? When?”. *The American Journal of Comparative Law* 20, n.º 2 (1972): 314-22. http://www.jstor.org/stable/838986?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Fernández, Ángel. “Aspectos fundamentales de la contratación electrónica”. En *Comercio electrónico en internet*, dirigido por José Gómez. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Fernández, Horacio. *Internet: su problemática jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

- Fernández Rozas, José. “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, 5209-5237. Madrid: Civitas, 1996.
- “El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”. *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, n.º 5 (2000): 161-230.
 - “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”. *Anuario español de derecho internacional privado*, t. IV (2004): 35-78.
 - “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados”. En *La unificación jurídica europea. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, dirigido por J. M. García Collantes, 17-44. Madrid: Civitas, 1999.
 - , ed. *Derecho del comercio internacional*. Madrid: Eurolex, 1996.
 - *Curso de derecho internacional privado*, 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1996.
 - *Derecho internacional privado*, 4.ª ed. Madrid: Civitas, 2007.
- Fernández Rozas, José, y Sixto Sánchez Lorenzo. *Curso de derecho internacional privado*. Madrid: Civitas, 1996.
- Fernández, Luis, y Alfonso Calvo. *Derecho mercantil internacional*, 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- Ferrari, Franco. “Brief Remarks on Electronic Contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 6 (2002): 289-304.
- Ferrer, Pedro. “Notas sobre la codificación del derecho internacional privado y la participación española”. En *Estudios de derecho internacional público y privado*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1970.
- Flores, María de la Sierra. *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002.
- Fondo Monetario Internacional. “Cooperation and reconstruction (1944-71)”. <http://www.imf.org/external/about/histcoop.htm>.
- Galdo Marín, Raúl. “Comercio electrónico y seguridad jurídica. La firma digital”. En *El derecho frente a la ciencia y la tecnología*, coordinado por Carlos Enrique Becerra Palomino, 753-80. Lima: PUCP, 2007.
- Galindo, Ernesto. *Derecho mercantil*. Ciudad de México: Porrúa, 2004.
- Gao, Xiang. *The Fraud Rule in the Law of Letters of Credit*. La Haya: Kluwer Law International, 2002.
- García, Víctor. *Derecho conflictual*. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 1991.
- Garcimartín, Francisco. “La racionalidad económica del derecho internacional privado”, *Cursos de derecho internacional privado de Vitoria-Gasteiz*. Universidad del País Vasco, 2001. http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2001/2001_2.pdf.
- Gariboldi, Gerardo. *Comercio electrónico: conceptos y reflexiones básicas*. Buenos Aires: Banco Interamericano de Desarrollo / Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, 1999.
- Garrigues, Joaquín. *Hacia un nuevo derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1971.

- . “Prologo”. En *La venta internacional*, Jorge Labanca. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- Garro, Alejandro. “Armonización y Unificación de derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”. *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, n.º 22 (1993): 225-67.
- Garro, Alejandro, y Alberto Luis Zuppi. *Compraventa internacional de mercaderías*. Buenos Aires: La Roca, 1990.
- Gascó, Mila. *El gobierno de un mundo global: Hacia un nuevo orden internacional*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2004.
- Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado*, 7.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- Gómez, Diego, y Gregorio Cárle. *Los contratos en el marketing internacional*. Madrid: ESIC, 2004.
- Gómez, José. “El comercio electrónico en la sociedad de la información”. En *Comercio electrónico en internet*, dirigido por José Gómez, 21-41. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Gondra, José. *Derecho Mercantil*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992.
- Gutiérrez, María. “Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico”. En *Comercio electrónico*, editado por Grupo de estudios en internet, comercio electrónico y telecomunicaciones e informática, 1-39. Bogotá: Legis, 2005.
- Hahnkamper, Wolfgang. “Acceptance of Offer in Light of Electronic Communications”. *Journal of Law and Commerce* 25 (2005-06): 147-51.
- Heidemann, Maren. *Methodology of Uniform Contract Law: The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*. Berlin/Heidelberg/Nueva York: Springer, 2007.
- Helpman, Elhanan. *El misterio del crecimiento económico*. Barcelona: Bosch, 2007.
- Herederó, María. “La Organización Mundial de Comercio. Antecedentes, situación y perspectivas”. *Revista de Economía Mundial*, n.º 4 (2001): 13-30.
- Hernández Martínez, William David. *La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012.
- Hilbert, Martin, Sebastián Bustos y João Carlos Ferraz. *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas / CEPAL, 2005.
- Hinestrosa, Fernando. “Los principios de UNIDROIT: Una nueva *lingua franca*”. En *UNIDROIT principios sobre los contratos comerciales internacionales*, editado por República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho, 16-24. Bogotá: Imprenta Nacional, 1997.
- Hocsman, Heriberto. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Honnold, John. “Las metas de la unificación” en *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 a 22 de mayo de 1992, 8-11. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.

- Honnold, John. "The United Nations Commission on International Trade Law: Mission and Methods". *The American Journal of Comparative Law* 27, n.º 2/3 (1979): 201-11.
- Illescas, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Madrid: Civitas, 2001.
- . "La ley modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre las firmas electrónicas", en *Derecho mercantil contemporáneo*, t. I, coordinado por Isabel Candelario y Jorge Oviedo, 97-106. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, 2005.
- Illescas, Rafael, y Pilar Perales. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces / Universidad Carlos III de Madrid, 2003.
- Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado (UNIDROIT), Consejo de Dirección. "Introducción". En República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho, *UNIDROIT principios sobre los contratos comerciales internacionales*, 25-30. Bogotá: Imprenta Nacional, 1997.
- Iriarte, Erick. "Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe". Santiago de Chile: Naciones Unidas-CEPAL, 2005.
- Isaza Dávila, José Alfonso. *Introducción a la responsabilidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, plan de formación de la rama judicial 2009*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2009.
- Jerez, José. *Comercio internacional*. Madrid: ESIC, 2011.
- Jiménez, Roxana. "La contratación electrónica y el comercio electrónico". En *El impacto de las innovaciones tecnológicas en el derecho privado*, compilado por Alfredo F. Soria Aguilar, 29-63. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2009.
- Larrain, Felipe, y Jeffrey D. Sachs. *Macroeconomía en la economía global*. Buenos Aires: Prentice Hall, 2002.
- Lebedev, Sergej. "Diversas técnicas de unificación". En *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 al 22 de mayo de 1992, 26-29. Nueva York, Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.
- Leible, Stefan. "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales". *Cuadernos de Derecho Transnacional* 3, n.º 1 (2011): 214-33.
- Lerner, Pablo. "Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos". *Boletín mexicano de derecho comparado*, n.º 111 (2004): 919-66. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex111/BMD11104.pdf>.
- Lleras, Carlos. *Comercio internacional*. Medellín: Bedout, 1965.
- Lobejón, Luis. *El comercio internacional*. Madrid: Akal, 2001.
- Lorenzetti, Ricardo. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- Madrid, Agustín. "El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica". en *Derecho patrimonial y tecnología*, dirigido por Agustín Madrid Parra. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Marrella, Fabrizio. "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *Journal of Transnational Law* 36 (2003): 1137-87. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html>.

- Martín, Sonia. "La aplicación de los principios Unidroit y los PDCE como *lex contractus* en la práctica judicial y arbitral". En *Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos*, coordinado por Carmen Fernández Canales, 59-80. Madrid: Reus, 2010.
- Martínez, Anselmo. *La interpretación y la integración de la convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Granada: Comares, 2004. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/martinez.pdf>.
- Martínez Nadal, Apol-lònia. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*. Madrid: Civitas, 2001.
- Martos, Juan J. *Imposición indirecta del comercio electrónico*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- Marzorati, Osvaldo. *Derecho de los negocios internacionales*, 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Mateu de Ros, Rafael. "El consentimiento y el proceso de contratación electrónica". En *Derecho de internet*, coordinado por Rafael Mateu de Ros y Juan Cendoya, 29-84. Navarra: Aranzadi, 2000.
- Mazzotta, Francesco G. "Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and its effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods". *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 33, n.º 2 (2007): 251-98. www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mazzotta3.html.
- Meyer, Lars. "Soft Law for Solid Contracts? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization". *Denver Journal of International Law and Policy* (2006): 119-155. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/meyer.html>.
- Mihaela Loredana Lăpăduși, Constantin Căruntu. "Complex Issues regarding the Role and Importance of Internationally Codified Rules and Incoterms". *Petroleum-Gas University of Ploiesti Bulletin*, LXII, n.º 1 (2010): 98-110.
- Millet, Montserrat. *La regulación del comercio internacional: Del GATT a la OMC*. Barcelona: La Caixa, 2001.
- Monroy, Marco. *Tratado de derecho internacional privado*, 6.^a ed. Bogotá: Temis, 2006.
- Morán, David. *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Navarra: Aranzadi, 2003.
- Moreno, Fernando. "El perfeccionamiento de los contratos". http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/723_DOC_OTRO.pdf.
- Mowbray, Jacqueline. "The Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods to E-Commerce Transactions: The Implications for Asia". *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 7 (2003): 121-150. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mowbray.html>.
- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. *Uniform Electronic Transactions Act*. Denver: National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 1999. <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>.

- Novak, Fabián. *Derecho comunitario andino*. Lima: PUCP, 2003.
- Núñez, Adriana. *Comercio electrónico. Aspectos impositivos, contables y tecnológicos*. Buenos Aires: La Ley, 2001.
- OECD. "Group of high-level private sector experts on Electronic Commerce". *OECD Digital Economy Papers*, n.º 29 (1997). <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzdd8h6717h.pdf?expires=1421893736&id=id&acname=guest&checksum=54E2F7E0D34CC6A3D01CDD71E861548B>.
- Oliva Blázquez, Francisco. "Análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales". *Revista Aranzadi de derecho patrimonial* 19 (2007): 45-88.
- . *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- O'Malley, Nathan y Lisa Bench Nieuwveld. "The UNIDROIT Principles: Are They Law?". *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 2 (2007): 299-304. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/omalley-nieuwveld.html>.
- Oser, David. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Ospina, Guillermo, y Eduardo Ospina. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2000.
- Oyarzábal, Mario J. A. "La lex electrónica: ¿un common law de la internet? *DeCITA: derecho del comercio internacional* 3 (2005): 365-8.
- Pablo-Romero, y María Concepción. "Avances en la aplicación de los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes". *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6, n.º 1 (2014): 253-68. <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/1917/910>.
- Pardo, Alberto. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- Parra, Carmen. "Los sistemas de uniformización del derecho europeo en materia de obligaciones y contratos". En *El Dret Civil Català en El Context Europeu*, coordinado por el Área de Derecho Civil de la Universidad de Girona, 381-419. Girona: EAP-SL, 2002.
- Parra, Gonzalo. "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 86 (1992): 33-73.
- . *Estudios de derecho mercantil internacional*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998.
- Patrikios, Antonis. "Resolution of Cross-border E-business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-business Usages: The Emergence of the Lex Informatica". *Globalisation and Harmonisation in Technology Law* (2006): 1-39. <http://www.bileta.ac.uk/content/files/conference%20papers/2006/The%20Emergence%20of%20the%20Lex%20Informatica.pdf>.
- Pendón, Miguel. "Preámbulo (Propósito de los Principios)". *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, coordinado por David Morán Bovio, 23-53. Navarra: Aranzadi, 2003.

- Peña, Daniel. "Comunidades virtuales: ¿crisis del paradigma contractual internacional?". *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. II, compilado por Adriana Zapata, 273-94. Bogotá: UEC, 2005.
- Perales, María del Pilar. "El derecho uniforme del comercio internacional: los principios de UNIDROIT". <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>.
- . "La información sobre la Convención de Viena de 1980, compraventa internacional de mercaderías, aumenta. Una llamada a los operadores jurídicos españoles". <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales.html>.
- . "La contribución del Derecho Uniforme del Comercio Internacional a la integración económica regional en los países del DR-CAFTA". *Seminario sobre Nociones Actuales del Derecho Comercial Internacional en el contexto de un mundo globalizado*. Santo Domingo: CNUDMI, 2010.
- Pérez, Pablo. *Constitución española y comunidad europea*. Madrid: Civitas, 1994.
- Peters, Lena. *International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*. Alphen aan den Rijn: Editorial Kluwer Law International, 2011.
- Piedecasas, Miguel. "Contratos comerciales internacionales". En *Derecho privado. Memorias del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*, compilado por Jorge Adame, 375-412. Ciudad de México: UNAM-III, 2005.
- Pizarro, Marcela, y Claudio Barroilhet Acevedo. "Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios UCP 600". *Revista de Derecho*, n.º 30 (2008): 155-81.
- Poblete, Moisés. *La comunidad internacional contemporánea*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1958.
- Quijano Zapata, Milena. "Efectos jurídicos y probatorios del mensaje de datos y la firma digital". En *Sociedad de la información digital: perspectivas y alcances*, compilado por Daniel Peña Valenzuela, 15-40. Bogotá: UEC, 2007.
- Quiroz Santaya, Carol Elisa. "El consentimiento por medios electrónicos en la formación de los contratos". *Cajamarca: Revista Jurídica* 9 (2002). <http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista9/contrato.htm>.
- Remolina, Nelson. "Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro". En *Comercio electrónico*, editado por Grupo de Estudios en Internet Comercio Electrónico y Telecomunicaciones e Informática, 4-47. Bogotá: Legis, 2005.
- Rincón, Erick. *Derecho del comercio electrónico y de internet*. Bogotá: Legis, 2015.
- Rodríguez Olmos, Javier Mauricio, comp. *Principios Unidroit. Estudios en torno a una nueva "lingua franca"*. Bogotá: UEC, 2013.
- Rodríguez, Maximiliano. *Introducción al derecho mercantil internacional*. Bogotá: UEC, 2009.
- Rowland, Diane, y Elizabeth Macdonald. *Information Technology Law*. Londres: Cavendish Publishing, 2005.
- Sánchez, Alfredo. *Evolución de los Vínculos Comerciales en América del Norte y el este Asiático 1994-2004*. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/637/>.
- Sánchez, Jorge. "El proceso actual de armonización y uniformidad legislativa". En *derecho privado. Memorias del congreso internacional de culturas jurídicas y sistemas jurídicos comparados*, coordinado por Jorge Adame Goddard, 635-63. Ciudad de México: UNAM-III, 2005.

- Sarmiento, María Gabriela. *Legislación sobre comercio electrónico en los países miembros de la Comunidad Andina*. Unión Internacional de Telecomunicaciones / Asociación de Empresas de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina, 2002. <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/publications/archive/Legislacion%20Comercio%20Electronico%20CAN1.pdf>.
- Sarra, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- Schmitthoff, Clive. "The Law of International Trade and Investment" (1967), en *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, editado por CHIA-JUI CHENG. Dordrecht-Boston-Londres: Martinus Nithoff Publishers/Graham & Trotman Ltd., 1988.
- Scotti, Luciana B. *El rol de los organismos internacionales en la armonización del derecho internacional privado*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006. www.caei.com.ar.
- Smith, Herbert. "A reminder about the new Incoterms: ICC Rules for use in international sales contracts". *Energy, Infrastructure and Mining newsletter*, 52 (2012). <http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/T-200812-10.pdf>.
- Sebban, Guy. "Prólogo". *Reglas y usos uniformes para créditos documentarios*, Secretario General. Cámara de Comercio Internacional. Publicación 600 de la CCI, Revisión 2007.
- Secretaría Permanente del SELA. *Fundamentos de la firma digital y su estado del arte en América Latina y el Caribe*. Caracas: Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe, 2012.
- Serrano, María. *Competencia judicial y ley aplicable en el ámbito de los contratos de trabajo internacionales*. Madrid: Reus, 2011.
- Siqueiros, José. "La codificación del derecho internacional privado en el continente americano". *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* 14 (1982): 235-51. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/14/pr/pr21.pdf>.
- Sorensen, Max. *Manual de derecho internacional público*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. "El comercio electrónico en el derecho peruano". En *Instituciones de derecho privado. Comercio electrónico*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coaguila, 125-48. Lima: Ara, 2003.
- Soubbotina, Tatyana, y Katherine A. Sheram. *Beyond Economic Growth*. Washington: The World Bank, 2000.
- Torres, Ana Yasmín. *Principios fundamentales del comercio electrónico*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.
- Torres, Hernan. *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico*. Lima: PUCP, 2005.
- Trudel, Pierre. "La Lex Electronica". En *Le droit saisi par la mondialisation*, dirigido por Charles-Albert Morand, 221-68. Bruselas: Bruylant, 2001.
- Valenciano, Jaime. *Cuestiones prácticas de economía de la Unión Europea*. Madrid: Paraninfo, 2008.
- Vargas, Francisco. *El arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1979.

- Veytia, Hernany. "El capítulo uno de los principios del UNIDROIT: Disposiciones generales". En *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, 33-52. Ciudad de México: UNAM / Universidad Panamericana, 1998.
- Vila, Xosé. "Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico". En *Comercio electrónico en internet*, dirigido por José Gómez, 45-66. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Villamizar, Hernando. *Introducción a la integración económica*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000.
- Villaruel Carlos, y Gabriel Villaruel Barrientos. "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales". *Revista Chilena de Derecho* 17 (1990): 351-65. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649697.pdf.
- Viñas, Ramón. *La unificación del derecho internacional privado*. Barcelona: Bosch, 1978.
- Virally, Michel. "Fuentes del derecho internacional". En *Manual de derecho internacional público*, editado por Max Sorensen, 149-98. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Virally, Michel. *El devenir del derecho internacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Vis, Willem. "Preparación de unas normas legales uniformes de aceptación universal" en *Hacia un derecho mercantil uniforme para el siglo XXI*, Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 18 al 22 de mayo de 1992, 11-13. Nueva York: Naciones Unidas, 1995. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_s.pdf.
- Weinberg, Inés. *Derecho internacional privado*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

Sitios web

- <http://www.aladi.org>
<http://www.alcaldiabogota.gov.co>
<http://www.apuntesjuridicos.com.ec>
<http://www.archivo.mintic.gov.co>
<http://www.asambleanacional.gob.ec>
<http://www.aseta.org>
<http://www.bancomundial.org>
<http://www.bolivianland.net>
<http://www.cepal.org>
<http://www.cisg.law.pace.edu>
<http://www.cnudmi.org>
<http://www.comunidadandina.org>
<http://www.corteconstitucional.gov.co>
<http://www.dechali.com>
<http://www.derechos.org>
<http://www.derechocambiosocial.com>

<http://www.dialnet.unirioja.es>
<http://www.digitum.um.es>
<http://www.ehu.es>
<http://www.ejournal.unam.mx>
<http://www.eumed.net>
<http://www.europa.eu>
<http://www.ec.europa.eu>
<http://www.eur-lex.europa.eu>
<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>
<http://www1.gobiernoelectronico.gob.ec>
<http://www.hcch.net>
<http://www.iccspain.org>
<http://www.iccwbo.org>
<http://www.imf.org>
<http://www.itu.int>
<http://www.javeriana.edu.co>
<http://www.juridicas.unam.mx>
<http://www.lacamaradequito.com>
<http://www.leyes.congreso.gob.pe>
<http://www.libros-revistas-derecho.vlex.es>
<http://www.mincit.gov.co>
<http://www.minjus.gob.pe>
<http://www.oas.org>
<http://www.oecd-ilibrary.org>
<http://www.photos.state.gov>
<http://www.redipd.org>
<http://www.regulaciontelecomunicaciones.gob.ec>
<http://www.reniec.gob.pe>
<http://www.repositorio.iaen.edu.ec>
<http://www.scielo.cl>
<http://www.scpm.gob.ec>
<http://www.secretariasenado.gov.co>
<http://www.sic.gov.co>
<http://www.spij.minjus.gob.pe>
<http://www.transparencia.mtc.gob.pe>
<http://www.usergioarboleda.edu.co>
<http://www.uncitral.org>
<http://www.unctad.org>
<http://www.unidroit.org>
<http://www.unilex.info>
<http://www.un.org>
<http://www.web.worldbank.org>
<http://www.wto.org>



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador**

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar —creada en 1985 por el Parlamento Andino— es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el Gobierno de Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior de Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Centro Andino de Estudios Internacionales y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador
- 5 Catalina Mendoza Eskola
Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano
- 6 Pamela Juliana Aguirre Castro
El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico
- 7 Eduardo Calero Jaramillo
Cultura, arte y libertad en el constitucionalismo ecuatoriano
- 8 Hugo Polanco López
Derecho uniforme del comercio electrónico en la Comunidad Andina

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un *software* legal completo de la Legislación ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, asimismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Telés. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

La ausencia de normas supranacionales en la Comunidad Andina sobre comercio electrónico entorpece su avance en la región. Los Estados miembros han tenido el referente global de las leyes modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que son un prototipo para la adecuación legislativa, con la posibilidad de adaptación al ser introducidas en los respectivos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, por su carácter indicativo, es incierto el grado de armonización que se pueda lograr con las leyes modelo de comercio electrónico.

Esta investigación inicia con una aproximación histórica y conceptual al derecho uniforme del comercio internacional, continúa con los principales actores y sus instrumentos jurídicos, más adelante analiza la uniformización del comercio electrónico, para concluir con la efectividad de las leyes modelo de la CNUDMI en la armonización del comercio electrónico en la Comunidad Andina.

P.V.P.: USD 22.00

ISBN: 978-9942-10-534-9



9789942105349



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

