

CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA: ¿ES NECESARIA UNA CONVENCION INTERNACIONAL?

Daniel Peña Valenzuela¹
Andrea Burgos Puyo
Adriana Castro Pinzón

Introducción

La convergencia tecnológica entre telecomunicaciones y computadores revoluciona la forma de hacer negocios, de adquirir conocimientos y en general sugiere la aparición de la sociedad de la información. Nuevas funciones de los agentes económicos, maneras de intermediación basadas en reglas diferentes a las tradicionales y una interacción aún impredecible entre máquinas “inteligentes” e individuos son las características de esta sociedad que se vislumbra.

En esa sociedad del conocimiento, la forma y la manera en que los seres humanos intercambian bienes y servicios, sigue siendo “contractual” en el sentido más amplio del término, es decir en la forma de acuerdos privados mediante los cuales con mayor o menor intervención de la regulación estatal, se pacta, con o sin intervención mayor de la voluntad, el traspaso o transferencia de la propiedad o el derecho al uso de bienes y servicios.

La noción de contratación electrónica es precisamente el resultado preliminar de la aplicación de las tecnologías de la información a la teoría general del negocio jurídico. La forma tradicional, con predominancia del documento escrito, se asimila y reemplaza por la utilización de los medios electrónicos para expresar la voluntad negocial de las partes.

Correo electrónico, sitios de Internet, plataformas electrónicas, entre otras, son los nuevos medios usados por los particulares, y más recientemente el Estado, para realizar actividades económicas. Esta interacción de los sujetos ocurre de manera cada vez más global, en desmedro de las fronteras nacionales y con tal rapidez que se ha acuñado la idea de una economía en tiempo real, en la cual, decisiones, contratos y en general transacciones se hacen al ritmo de un clic de un computador o de oprimir la tecla de un teléfono celular.

En ese marco, una preocupación obvia es cómo armonizar los derechos nacionales, cómo construir el anhelo de una *lex mercatoria* universal, más aún, una *lex electrónica* que sirva como base segura de las negociaciones por medios electrónicos y que se perfila como un nuevo “*corpus juris*” de la era digital. En el presente ensayo examinaremos los trabajos en curso de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Privado) con miras a la elaboración de una Convención para la contratación electrónica.

¹ Trabajo desarrollado por la Línea de Investigación en comercio electrónico del Departamento de Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia.

1. EL PAPEL DE LA CNUDMI EN LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)² es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se estableció en 1966 con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. El desarrollo del objeto de esta institución desde su creación, ha conducido a la preparación de una serie de instrumentos de derecho sustantivo, aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho mercantil de interés para el comercio internacional³.

Participan de las funciones de la CNUDMI los estados miembros elegidos en representación de diversas regiones geográficas, los estados observadores, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales de carácter internacional que se interesen por la labor de la comisión. Participan en la actualidad un total de 36 estados, representativos de las diferentes regiones geográficas y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo. Nueve miembros son estados de África, seis de América Latina y el Caribe, siete son estados de Asia y catorce de Europa Occidental y Oriental.

La representatividad de los diversos sectores comerciales e industriales se establece no tanto por los delegados gubernamentales de los países que participan en las discusiones sino por la influencia que en sus discusiones tienen diversas asociaciones como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional.

Las labores de armonización y unificación del derecho mercantil internacional (finalidad predominante de la Comisión), describen el proceso mediante el cual se crean y aprueban normas o regímenes jurídicos destinados a facilitar el comercio internacional. Se determinan las esferas en que el comercio internacional se ve obstaculizado por factores como, la falta de previsibilidad en cuanto a la ley aplicable o la pervivencia de leyes obsoletas, difíciles de compaginar con la práctica comercial contemporánea y la Comisión se dedica a encontrar y negociar soluciones que sean aceptables para estados con diversos ordenamientos jurídicos y situados a diversos niveles de su desarrollo económico y social.

El sueño de una “lex mercatoria” asociada a los usos y costumbres se configura en el caso de los textos de la CNUDMI en forma de leyes y documentos técnicos –guías de aplicación- que permiten la adopción de los mismos por los congresos o parlamentos nacionales de los países. Como es bien sabido, casi alrededor del mundo los órganos legislativos han visto sometida la iniciativa legislativa a comisiones especializadas en temas bajo formas de facultades específicas al poder ejecutivo o adoptan textos a la medida realizados por organismos multilaterales o delegan a organismos gubernamentales la regulación de temas técnicos.

La CNUDMI ha entendido por “armonización” el proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del derecho interno de los estados, para

² En Inglés UNCITRAL.

³ Para mayor información consultar la página de Internet: www.uncitral.org

conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas y, “unificación” es el proceso por el cual los estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales. En consecuencia, los instrumentos jurídicos adoptados, representan cada una de estas funciones; una ley modelo o una guía legislativa ejemplifica el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el derecho interno, mientras que una convención es un instrumento internacional al que los estados dan su aprobación oficial a fin de unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su derecho interno.

Entre los textos preparados y aprobados por la CNUDMI se encuentran⁴: Las convenciones internacionales (“*Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*”, 1974. 17 estados partes; “*Convención sobre el Transporte Marítimo de mercancías*”, Hamburgo, 1978. 28 estados partes. “*Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa Internacional de Mercaderías*”, Viena, 1980. 62 estados partes. “*Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales*” Nueva York, 1988. 3 firmas, 3 ratificaciones y adhesiones. “*Convención sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Nueva York, 1958. 132 estados partes. Entre otros), leyes modelo⁵ (“*Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional*”, 1985; “*sobre transferencias internacionales de crédito*”, 1992; “*sobre contratación pública de bienes, obras y servicios*”, 1994; “*sobre comercio electrónico*”, 1996; “*sobre insolvencia transfronteriza*”, 1997), guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos y notas sobre determinadas prácticas⁶.

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 legales⁷.

2. LAS INICIATIVAS DE LA CNUDMI RESPECTO AL COMERCIO ELECTRÓNICO

2.1 LEY MODELO DE COMERCIO ELECTRÓNICO:

⁴ SITUACIÓN DE LAS CONVENCIONES Y LEYES MODELO. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI). 2002

⁵ Una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo al derecho interno de su país. Una convención es un tratado, una obligación internacional que las naciones soberanas contraen libremente al crear relaciones jurídicas entre ellas. En general, un Estado parte sólo podrá apartarse del régimen suscrito por vía de una convención si en ésta se prevé la formulación de reservas.

⁶ Actualizado a 28 de octubre de 2002.

⁷ ABASCAL ZAMORA, José María. Debe México adoptar la ley modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico. En: www.bma.org.mx/ponencias/comercio

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNICITRAL), consciente de la importancia de generar elementos que permitan a nivel mundial facilitar los procedimientos de comercio internacional, ha diseñado elementos normativos, consecuentes con la requerida uniformidad en los sistemas jurídicos, que mitiguen las barreras propias de divergentes patrones normativos estatales.

Esta visión conlleva la creación de las denominadas “Leyes Modelo”⁸, por medio de las cuales se genera un instrumento legislativo, que establece parámetros normativos de una materia determinada y tiene como objeto su adopción en el orden nacional de los países miembros.

La realidad ligada al avance y crecimiento de los medios de comunicación y almacenamiento de información en medios electrónicos conllevó en la década de los noventa la constitución de un grupo de trabajo en comercio electrónico, con el fin de elaborar una ley modelo que de soporte legal a los mensajes electrónicos, para cuya redacción tomó en cuenta las reglas de París de 1990 sobre conocimiento de embarque electrónico del comité Internacional, los programas de computación (software) especialmente diseñado para los EDI, hecho por la Conferencia Marítima y del Báltico (BIMCO) y el proyecto de conocimiento de embarque para Europa llamado proyecto BOLERO⁹. El texto final de la ley modelo es aprobado en su 29º periodo de sesiones, en New York.

La ley modelo de comercio electrónico tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y almacenamiento de información, por ejemplo el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico y la telecopia, con o sin soporte como sería el Internet. Se basa en el establecimiento del equivalente funcional de conceptos conocidos en el tráfico que se opera sobre el papel, como serían los conceptos “escrito”, “firma” y “original”. La ley modelo en cuanto proporciona los criterios para apreciar el valor jurídico de los mensajes de datos electrónicos, es muy importante para aumentar el uso de las comunicaciones que se opera sin el uso del papel. Como complemento de las normas generales, la ley contiene también normas para el comercio electrónico en áreas especiales, como es el transporte de mercancías. Con miras a asistir a los poderes ejecutivo legislativo y judicial de los países, la comisión elabora igualmente una guía para la incorporación de la Ley modelo al derecho interno¹⁰.

Se han promulgado leyes basadas en la ley modelo en Australia, Las Bermudas, Colombia, Eslovenia, los estados de Jersey (Dependencia de la Corona del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), Filipinas, Francia, Hong Kong (Región Administrativa Especial de China), Irlanda, la república de Corea, Singapur y, dentro de los Estados Unidos de América, Illinois. Igualmente se ha preparado legislación uniforme influida por la ley modelo y por los principios en los que esta se basa en el Canadá (Ley Uniforme sobre comercio electrónico, aprobada en 1999 por la conferencia de Derecho Uniforme del Canadá) y en los Estados Unidos (Ley uniforme sobre transacciones electrónicas, aprobada en 1999 por la conferencia Nacional de Comisario sobre Derecho

⁸ Las Naciones Unidas han expedido leyes modelo en materia de: arbitraje comercial internacional (1985), transferencias internacionales de crédito (1992), la contratación pública de bienes, obras y servicios(1994), insolvencia transfronteriza (1997) y firmas digitales (2001)

⁹ COVA ARRIA, Luis. La Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. En:www.uncitral.org/spanish/texts/electcom

¹⁰ Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio electrónico.

Estatal Uniforme) y se ha promulgado en forma de ley en diversas jurisdicciones de esos países.

La ley modelo se divide en dos partes: en la primera se abordan los aspectos generales del comercio electrónico y en la segunda se aplica el comercio electrónico al transporte de mercancías específicamente.

En la parte general, se delimita el ámbito de aplicación, a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizado en actividades comerciales, tanto en cuestiones contractuales como no contractuales. Define ciertos términos, y señala los criterios de interpretación aplicables, entre ellos, el origen internacional (del mensaje de datos) y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, sin excluir la buena fe y los principios generales. Además, reconoce primacía a la autonomía privada, al disponer que las partes podrán mediante acuerdo, modificar las disposiciones de los siguientes dos capítulos, reiterado en el capítulo III.

El Capítulo segundo, titulado “Aplicación de los Requisitos Jurídicos a los mensajes de datos”, reconoce efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria a la información contenida en un mensaje de datos; cuando la ley exija como requisitos la escritura, firma o presentación del original del documento, estos serán satisfechos por el mensaje de datos. Define la admisibilidad y fuerza probatoria de los mismos, para lo cual es indispensable la fiabilidad de la forma como se haya generado, archivado, comunicado y conservado el mensaje e impide negarle efectos probatorios por el sólo hecho de estar contenida en mensajes de datos. Quedará satisfecho el requisito del escrito, si la información es accesible para su posterior consulta, y de la firma si se utiliza un método para identificar a esa persona, que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos y si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos. Establece igualmente los requisitos para determinar que la información es presentada y conservada en su forma original y la conservación de los mensajes de datos.

El capítulo tercero, sobre la comunicación de los mensajes de datos hace referencia a la formación y validez de los contratos, a la posibilidad de expresar la oferta y su aceptación por medio de mensajes de datos, al reconocimiento de efectos jurídicos a las declaraciones, sean o no de voluntad, por este medio expresadas y a la atribución de los mismos de proveniencia del iniciador y correspondencia con su voluntad conforme a los parámetros por ella designados. El acuse de recibo podrá ser acordado entre el iniciador y el destinatario y se fija ciertas reglas respecto al mismo. Finalmente se refiere al tiempo y lugar del envío y recepción de un mensaje de datos, con la especificación de reglas supletivas.

La segunda parte del modelo se compone de dos artículos, el primero referido a los actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías y el segundo a los documentos de transporte. En el primer artículo se reitera la aplicación de lo dispuesto en la parte inicial del modelo a todos los actos relacionados con el contrato de transporte de mercaderías o con su cumplimiento. En el segundo artículo se aplica específicamente a los documentos de transporte lo expresado en la primera parte, al señalar que los requisitos de estar en documento en papel o por escrito serán satisfechos por uno o más mensajes de datos, se concede un derecho o se adquiere un derecho por una persona determinada, y para que tal surta efecto, la ley exige el envío o utilización de uno o más mensajes de datos, si se emplea un medio fiable que garantice la singularidad del

mensaje. Termina afirmando que la sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni las obligaciones de las partes, conteniendo el artículo del modelo la posibilidad de definir excepciones según el caso.

La unificación del derecho del comercio electrónico por parte de los estados exige, como en los casos de cualquier otra transposición de una ley modelo, una actitud local crítica para evitar la copia de los textos sin mayor discusión y en su lugar un resultado “nuevo” basado en las características propias de cada país. No existen estudios que demuestren por ejemplo, la conveniencia de la adopción relativamente prematura por Colombia de la ley modelo en 1999 mediante la ley 527 de 1999.

También es evidente que los hechos de muestran que el comercio electrónico es un fenómeno jurídico que trasciende el enfoque “documental” dado por la CNUDMI en la ley modelo. La protección a la intimidad, la competencia en los mercados electrónicos, los nombres de dominio, la protección a los contenidos, son , entre otros, temas que hacen parte de la base legal del “comercio electrónico” y no están regulados en la ley.

2.2 LEY MODELO SOBRE FIRMAS ELECTRÓNICAS

Una vez iniciado el estudio tendiente a establecer la ley modelo de comercio electrónico, la secretaría de CNUDMI, también ha considerado el tema específico de las firmas digitales¹¹. Este aspecto tiene serias dificultades para su tratamiento jurídico debido a que el mismo depende fundamentalmente de los avances en las tecnologías de seguridad más que en la ley.

Aún cuando las firmas digitales se han desarrollado durante varios años, su desarrollo se ha visto afectado por carecer de un patrón de tratamiento uniforme ya que cada diseñador de software adopta su propio patrón, de tal manera que si un comerciante considera aplicar firmas digitales para todas sus actividades comerciales debería pagar e instalar programas diferentes en relación con cada una de las partes con las cuales desearía negociar. Con tantos patrones competitivos e irreconciliables la “International Standards Organization (ISO)” no ha logrado consenso sobre los mismos¹². Situación que justificó la creación de una ley modelo por la CNUDMI que se refiere de manera independiente al tema y la diferencia de la ley de comercio electrónico.

La Comisión en su 30º periodo de sesiones, celebrado en 1997, hizo suyas las conclusiones a las que había llegado el grupo de trabajo sobre comercio electrónico en su 31º periodo de sesiones con respecto a la viabilidad y conveniencia de preparar un régimen uniforme sobre las cuestiones jurídicas relativas a las firmas digitales y las entidades certificadoras, y posiblemente sobre cuestiones conexas. La comisión en su 32º periodo de sesiones (enero de 1998) encomendó al grupo de trabajo la preparación de un

¹¹ Nota de la secretaría, grupo de trabajo sobre comercio electrónico de CNUDMI, sesión 31ª, U.N Doc. A/CN.9/437 (31 de diciembre de 1996)

¹² COVA ARRIA, Luis. La Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. Op.,cit.

régimen uniforme para las firmas electrónicas sobre la base de una nota preparada por la secretaría¹³.

El 5 de julio de 2001 se adoptó la ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que define los conceptos de firma electrónica, certificado digital, mensaje de datos, firmante, prestador de servicios de certificación, parte que confía; da igual tratamiento a las diferentes tecnología para la firma existente, establece los requisitos de firma, los actos requeridos del firmante y del prestador de servicios de certificación, así como de la fiabilidad de los recursos, el proceder de la parte que confía en el certificado y el reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras.

En el mundo se han adoptado normas sobre firma electrónica, firma digital y entidades de certificación en diversos países, entre las que podemos enumerar: La ley de firma electrónica de Utah aprobada en 1995, Ley de firma electrónica Alemana, aprobada en 1997, Directiva Europea del 24 de mayo de 1999 sobre firmas electrónicas, real decreto ley 14 de 1999 del 17 de septiembre de 1999 sobre firma electrónica en España , Ley federal Norteamericana sobre firmas electrónicas en el comercio nacional y global, ley sobre firmas electrónicas y servicios de certificación de abril de 2001, Decreto No 427 sobre firma digital para el sector público argentino, Decreto del presidente del consilio dei ministro sobre firma digital en Italia, 1999, Ley 27269 de firmas y certificados digitales del Perú, En Colombia, la ley 527 de 1999 así como el decreto 1747 de 2000 establecen el marco de regulación de las firmas digitales y las entidades de certificación.

La Ley modelo de firmas digitales se aplica a los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de las actividades comerciales, sean contractuales o no; sin derogar normas relativas a la protección del consumidor. Plantea la igualdad en el tratamiento de las tecnologías para las firmas, de tal manera que no se excluirá de efecto jurídico el método para crear una firma electrónica que cumpla los requisitos. Como reglas de interpretación la ley establece el origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y asegurar la observancia de la buena fe, incluso los principios generales en los que se basa la Ley. Reconoce la posibilidad para las partes de excepcionar esta ley o modificar sus efectos, mediante acuerdo.

Una firma se considera fiable, de acuerdo con la ley modelo de firmas digitales, si los datos de creación corresponden exclusivamente al firmante, si los datos de creación de la firma estaban en el momento bajo el control exclusivo del firmante, si es posible detectar cualquier alteración de la firma hecha después del momento de la firma y si la firma da seguridad de la integridad de la información a que corresponde y es posible detectar cualquier alteración hecha a la información luego de la firma; sin perjuicio que cualquier persona demuestre de otra manera la fiabilidad de la firma electrónica, o aduzca pruebas de no fiabilidad de una firma. También establece que la entidad a la que el Estado promulgante le atribuya la competencia, podrá determinar qué firmas electrónicas cumplen con los requisitos, anteriormente señalados.

Como deberes del firmante señala: actuar con diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma; utilizar los medios que

¹³ COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Proyecto de ley modelo para las firmas electrónicas, recopilación de observaciones presentadas por los gobiernos y las organizaciones internacionales.34º periodo de sesiones, Viena, 25 de junio a 13 de julio de 2000

proporcione el prestador de los medios de certificación; y, dar aviso a cualquier persona que pueda considerar la firma fiable, si el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho o si las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante muestran un riesgo considerable que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho. Deberá igualmente cerciorarse que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado sean exactas y cabales.

Desarrolla como obligaciones del prestador de servicios de certificación el actuar de conformidad con las normas y prácticas que imponga, con la diligencia razonable para cerciorarse que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales, proporcionar a la parte que confía en el certificado los medios para identificar mediante el certificado la identidad del prestador de servicios de certificación, el método utilizado para comprobar la identidad del firmante, si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho, entre otros; deberá, de otro lado utilizar al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables. Estarán a cargo del prestador de servicios de certificación las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los deberes.

Para determinar si los sistemas, procedimientos o recursos humanos son fiables, la ley modelos de firmas digitales establece como factores que pueden tenerse en cuenta los recursos humanos y financieros, la calidad de los sistemas de equipo y programas informáticos, los procedimientos para la tramitación del certificado las solicitudes de certificados y la conservación de registros, entre otros. La parte que confía en el certificado, tendrá a su cargo las consecuencias jurídicas que se deriven de no haber tomado las medidas razonables para verificar la fiabilidad de la firma electrónica; y la validez, suspensión o revocación del certificado o tener en cuenta las limitaciones del certificado, cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado.

La ley modelo de firmas digitales desarrolla también el tema de reconocimiento de certificados extranjeros y de firmas electrónicas extranjeras, de manera tal que no será importante el lugar en que se haya expedido el certificado, o creado o utilizado la firma electrónica, ni será importante el lugar en que se encuentre el establecimiento del expedidor o del firmante, para que el certificado o firma electrónica produzca efectos jurídicos. Iguala los efectos jurídicos de un certificado expedido en el exterior o firma electrónica creada o utilizada en el exterior, si tales comprenden un grado de fiabilidad equivalente los expedidos, creados o utilizados en el territorio nacional. Las partes, por otro lado, podrán acordar la utilización de determinados tipos de firmas electrónicas o certificados y éste tendrá efectos transfronterizos si es válido.

La mayor parte de estos temas fueron incluidos en la ley 527 de 1999; sin embargo la validez de las certificaciones recíprocas condicionada a la existencia de un certificado aprobado por una entidad de certificación aprobada bajo el sistema colombiano y no por la sola aplicación de estándares comunes es un obstáculo obvio para la globalización del comercio electrónico y para la inversión extranjera en Colombia.

3. EL PROYECTO DE CONVENCIÓN DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y LA CONVENCIÓN DE VIENA¹⁴

¹⁴ Este texto se basa en los estudios realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en especial los realizados por el Grupo de Trabajo IV (sobre el Comercio Electrónico), hasta Octubre de 2002. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Informe del grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 39º periodo de sesiones*; 35º periodo de sesiones, Nueva York, 17 a 28 de junio de

3.1 La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías (CICM) de 1980.

La CICM es el resultado de muchos años de discusiones bajo la égida de las Naciones Unidas, en particular de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Privado –CNUDMI-, con el fin de hacer compatible en el régimen de la compraventa internacional la diversa tradición jurídica que al respecto tienen el sistema jurídico anglosajón (*common law*) y el sistema romano-germánico¹⁵.

Sesenta y un estados son parte de esta Convención entre ellos nuestros principales socios comerciales: Estados Unidos, España, Francia, México, Ecuador, Argentina, China, Suiza, Cuba, Alemania, Italia.¹⁶ Muchos de los principios establecidos en la CICM han sido incorporados en los principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados bajo el auspicio de UNIDROIT por lo que los augurios sobre su creciente aplicación por los operadores internacionales del comercio son evidentes.

La CICM tiene como objetivo adoptar una serie de reglas uniformes para regir los contratos internacionales de compraventa de mercancías celebrados entre partes cuyos establecimientos se encuentran en distintos estados a fin de promover el desarrollo del comercio internacional. La formación del contrato, los derechos y obligaciones del comprador y el vendedor, la transmisión del riesgo, exoneración de perjuicios y efectos de la resolución son algunos de los temas que trata la CICM.

La aplicación de la CICM durante estas dos últimas décadas ha coincidido con el uso cada vez más frecuente de las tecnologías de la información en los negocios internacionales. Actualmente, la importancia de la CICM para el comercio electrónico se

2002. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Grupo de Trabajo IV (sobre el Comercio Electrónico): *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Los obstáculos para el desarrollo del comercio electrónico en los textos internacionales relativos al comercio internacional: medios para paliar el problema*; 38° periodo de sesiones, Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Posible futura labor en la esfera de la contratación electrónica: análisis de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de Mercaderías*; 38° periodo de sesiones, Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Propuesta de Francia*; 38° periodo de sesiones, Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales que rigen el comercio internacional*; 39° periodo de sesiones, Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención*; 39° periodo de sesiones, Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico. Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención. Observaciones de la Cámara de Comercio Internacional*; 39° periodo de sesiones, Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002. *Obstáculos jurídicos que impone al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Recopilación de observaciones de gobierno y organizaciones internacionales*; 40° periodo de sesiones, Viena, 14 a 18 de octubre de 2002. *Obstáculos jurídicos que impone al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Recopilación de observaciones de gobierno y organizaciones internacionales, Add. 1*; 40° periodo de sesiones, Viena, 14 a 18 de octubre de 2002. *Obstáculos jurídicos que impone al comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Recopilación de observaciones de gobiernos y las organizaciones internacionales, Add. 2*; 40° periodo de sesiones, Viena, 14 a 18 de octubre de 2002. *Obstáculos jurídicos que impone al comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Recopilación de observaciones de gobiernos y las organizaciones internacionales, Add. 3*; 40° periodo de sesiones, Viena, 14 a 18 de octubre de 2002.

¹⁵ MANIRUZZAMAN, A. "Formation of International Sales Contracts: a comparative perspective", en *International Business Lawyer*, December 2001, Vol, 29, No 11, London.

¹⁶ PRIETO Juan "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías" en *Acuerdos Internacionales de facilitación del Comercio Internacional*, Ministerio de Justicia, agosto de 1997, Bogotá.

evidencia por el hecho que el contrato de compraventa es el más utilizado en la práctica y por ende, el más importante para el comercio electrónico.

Como veremos a continuación la CICM tiene vacíos obvios por haber nacido en un período anterior al auge de los medios electrónicos. De estas falencias surgió la idea en el seno de la CNUDMI de proponer un texto de convención sobre contratación electrónica.

3.2 Fundamento de la Convención sobre Contratación Electrónica

La CNUDMI como parte de la reflexión sobre las nuevas formas de contratación electrónica inició estudios y discusiones en temas como: la transferencia de derechos, en particular derechos sobre bienes corporales, por medios electrónicos y mecanismos para divulgar y registrar los actos de transferencia o la constitución de garantías reales sobre dichos bienes; la solución de controversias y la forma de enmendar o interpretar los actuales instrumentos existentes en la materia; la evaluación de los obstáculos jurídicos para el desarrollo del comercio electrónico en los instrumentos internacionales. La contratación electrónica se convierte en un innegable objeto de análisis a la luz de los objetivos del comercio electrónico. Para la CNUDMI es necesario identificar criterios que permitan avanzar en la adopción del instrumento jurídico con claridad, por tanto el primer elemento a discutir ha sido la forma y el alcance mismo del tipo de texto jurídico que se pretende crear. Son diferentes los argumentos esgrimidos, pero en la actualidad los trabajos dirigen sus esfuerzos hacia la adopción de una convención específica, que aborde con criterio amplio los contratos en el comercio electrónico, pues se considera el instrumento más adecuado para garantizar el grado de uniformidad y certeza jurídica que exigen este tipo de operaciones; otras posiciones defendían la preparación de un instrumento no vinculante, como recomendaciones y directrices sobre contratación electrónica.

La Convención sobre contratación electrónica que se pretende adoptar, en principio no se ocuparía de cuestiones jurídicas sustantivas, pues busca suprimir los obstáculos jurídicos de la utilización de los medios modernos de comunicación. En esta medida, y de conservarse esta tendencia, el nuevo instrumento tendría como objeto cuestiones concretas de la formación de los contratos planteadas por la utilización de los mensajes de datos y no de los elementos materiales de la oferta y la aceptación, ni de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes en virtud del contrato. Las cuestiones relativas al derecho sustantivo que se derivan de un contrato seguirán rigiéndose por el derecho aplicable¹⁷.

La labor adelantada en la actualidad por el grupo de trabajo, goza de un mandato amplio para tratar las cuestiones referentes a la contratación electrónica, sin limitar el alcance de esta labor en principio a un tipo específico de contratos (con excepción de los contratos con los consumidores y de aquellos que otorgan una utilización limitada de derechos de propiedad intelectual), como se pretendía en principio al circunscribir la actividad a los contratos de compraventa de bienes corporales muebles.

¹⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Informe del grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 39° periodo de sesiones; 35° periodo de sesiones*, Nueva York, 17 a 28 de junio de 2002.

De lo anterior se deriva que la Convención sobre contratación electrónica no sería dependiente de otra, conservaría su autonomía plena, y evitaría toda interferencia indebida en el régimen establecido en la CICM o con el derecho interno aplicable a la formación del contrato en general. En principio se discutió la posibilidad de ajustar la CICM en aquellos aspectos en los que su regulación controvirtiera o impidiera la realización de contratos por medios electrónicos, pero como se observa el alcance de la convención es mucho más amplio y no abarca exclusivamente la compraventa de bienes corporales. La regulación tampoco pretende, conforme a las discusiones actuales, afectar el régimen jurídico de otros instrumentos vinculados de manera cercana a la convención sobre contratación electrónica (al igual que la CICM), como son los casos de la Ley Modelo de comercio electrónico, o de firmas electrónicas; se limita a proponer soluciones a problemas no resueltos en los instrumentos anteriores ó adaptar al contexto actual algunas de sus disposiciones¹⁸.

Argumentos, como los de la Cámara de Comercio Internacional, se muestran a favor de dirigir la regulación hacia los contratos comerciales en general y no sólo a los contratos electrónicos, puesto que entrañaba el riesgo de generar una dualidad de regímenes en función de los medios que se utilizaran para el perfeccionamiento de los contratos; posición no acogida por la comisión al alegar motivos de carácter práctico, como la necesaria atención particular de aspectos relevantes de los contratos electrónicos; de conveniencia, pues resultaría en este momento demasiado ambicioso, buscar regular la ley contractual en general; y de competencia, debido a que requeriría que la comisión examinara si cabría lograr el consenso internacional al respecto

Finalmente, se mantienen y respetan los principios de la libertad contractual y de la autonomía de las partes, por lo tanto, sea cual fuere la forma que finalmente se adopte, los sujetos seguirán gozando de entera libertad para convenir sus propias prácticas contractuales si lo desean, o adoptar los parámetros de la convención, que soportará la contratación con la existencia de un régimen supletorio cierto y claro.

3.3 Algunos Puntos de Discusión del Proyecto de Convención Frente a la Convención de Compraventa de Mercancías de Viena

Como se observó previamente, el proyecto de Convención sobre contratación electrónica analizado pretende examinar aquellos aspectos que de alguna manera afecten o alteren la certeza, transparencia y predicibilidad jurídica en la contratación, a raíz de la aparición de los medios electrónicos en la formación de los mismos y que en consecuencia obstaculicen el desarrollo del comercio electrónico. Por tal razón, no busca regular de fondo situaciones previstas en un instrumento jurídico diferente que desborden dicha esfera, y al contrario complementa aquellos aspectos que generan dudas a la hora de acudir a los medios tecnológicos en su formación.

La CICM conserva su autonomía e independencia frente a la proyectada Convención de contratación electrónica, y son precisamente los vacíos y dificultades en la aplicación de esta a medios electrónicos lo que genera la adopción de este nuevo instrumento. La CNUDMI, al analizar los criterios y elementos que deberá contener la nueva regulación,

¹⁸ Ibid., p. 10

recurre a los lineamientos de CICM y a partir de allí esboza, estudia y discute los puntos que deberán abordarse y las modificaciones que deberán incluirse para el cumplimiento efectivo de la finalidad hacia la que está dirigida, entre los que se encuentran:

3.3.1 Ámbito de Aplicación

Las conclusiones iniciales del grupo de trabajo, no limitan el proyecto de Convención sobre contratación electrónica a los contratos de compraventa sino que abarca todo contrato celebrado o probado por medios electrónicos, con dos excepciones:

- *Los contratos con consumidores*

Al igual que en la CICM se excluye a los consumidores de la aplicación del instrumento, aún cuando se deja abierta la posibilidad de discutir una figura similar a la acogida por la ley modelo sobre comercio electrónico, que brinda al Estado promulgante la opción de excluir las transacciones con consumidores¹⁹.

Se examina además, si es posible, de la misma manera que la CICM hace caso omiso del carácter de consumidor de una transacción a los efectos de aplicar el nuevo instrumento cuando “...el vendedor, (...), no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercancías se compraban para ese uso”. La capacidad, de por si disminuida, del vendedor de reconocer dicho propósito encuentra serias dificultades en los ambientes electrónicos en donde, por la esencia misma del medio, este tipo de operaciones aumentan considerablemente y los elementos que permitían en contratos tradicionales identificar la finalidad de la adquisición se ven mermados. Por lo tanto, sería posible incluir en este tipo de transacciones obligaciones de información al adquirente, de la misma manera que se proyecta exigir a quien provee bienes o servicios en medios electrónicos.

Siendo el modelo B2C (negocio de empresa y consumidor) predominante se infiere desde ya que la aplicación de la Convención sobre contratación electrónica tendría en ese campo un ámbito limitado de aplicación.

- *Contratos relacionados con la concesión del uso limitado de derechos de propiedad intelectual*

El estudio de la CICM²⁰ frente al comercio electrónico, llevó al Grupo de Trabajo sobre contratación electrónica a cuestionarse acerca de si las mercancías virtuales (que también podrían considerarse en algunos casos servicios inmateriales) pueden incluirse en la noción de “mercaderías” de dicha norma; para lo cual se remite al concepto mismo del

¹⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *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 periodo de sesiones, Nueva York, 12 a 23 de marzo de 2001.

²⁰ *Ibid.*, p.12

contrato de compraventa, en el que se requiere la entrega, la transmisión de la propiedad y el pago del precio. En virtud de esto, para algunos, las operaciones sobre mercancías virtuales se efectúan en forma de licencia y no de compraventa, puesto que éste libera al comprador de las restricciones relacionadas con la utilización del producto que compra, al contrario de lo que sucede con las licencias otorgadas frente a obras patentadas o protegidas por los derechos de autor. Por tanto, no bastaría ampliar la Convención de contratación electrónica a la compraventa de “mercancías virtuales”, puesto que con esto, según las posiciones esgrimidas se alteraría la esencia misma del contrato de compraventa, que haría inaplicable dicha norma.

Por lo anterior, el proyecto de convención introduce elementos que conducen a diferenciar los contratos de licencia de otras transacciones comerciales; se estudia la exclusión de los “*contratos por los que se conceda el uso limitado de derechos de propiedad intelectual*” (Anteproyecto de convención sobre contratos celebrados o probados por mensajes de datos, artículo 2, numeral b). Esta exclusión tiene que ver con la índole del contrato y no con el propósito de la transacción, ni con la clase de bienes objeto de comercio, por lo cual, podría aplicarse a los contratos en los que se negocian “bienes virtuales”, elementos patentados u objetos de derechos de autor, pero no a aquellos en los que se permite al productor o autor del bien ejercer el control del producto en toda la cadena de concesión de licencia²¹.

- *Contratos Internacionales y la ubicación de las partes*

La CICM es aplicable únicamente a los contratos que se celebren entre partes que tengan sus establecimientos en países diferentes, sin embargo, conforme al Art. 1, esta internacionalidad no se tendrá en cuenta “*cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre las partes, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración*”.

La anterior disposición y la naturaleza esencialmente internacional de la norma genera dificultades cuando el contrato es realizado por medios electrónicos, pues en este caso las fronteras no son claramente diferenciables y los elementos que permiten fijar el establecimiento de los sujetos en los medios tradicionales encuentran vacíos difíciles de solucionar en este marco.

Existe la posibilidad de que las partes indiquen su establecimiento, en cuyo caso éste será el acogido con fines contractuales. Cuando las partes no actúan de esta manera se toman criterios específicos, que tienen como finalidad el determinar el establecimiento de las partes, entre los que se encuentran la dirección del correo electrónico que designa un país en concreto mediante el nombre de dominio (esto llevaría a que la CICM no se evitaría en razón de que las partes no reparasen en el carácter internacional de su operación). Pero, los nombres de dominio en todos los casos muestran un vínculo con un país determinado, como en el caso en que la dirección es un dominio de máximo nivel como “.com”, en donde podría interpretarse que la parte no ha querido localizarse en ningún lugar en concreto, o que desee ser universalmente accesible, caso en el cual el contrato debería siempre suponerse internacional debido a que con este tipo de dirección

²¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Contratación electrónica: disposiciones para un proyecto de convención*; 39° periodo de sesiones, Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002.

la parte que contrata no puede dejar de darse cuenta que contrataba internacionalmente (Art. 1 Parágrafo 2). Podría sin embargo optarse por aplicar conforme a la Convención de contratación electrónica el criterio del establecimiento para los casos en el que el contrato se celebrará electrónicamente, sin desplazar su significado general²².

Aún cuando las diversas posiciones conducen a recurrir a la noción de “establecimiento”, para presumir la ubicación de las partes a falta de la indicación expresa de los sujetos, resulta discutible la forma de determinarlo. No debe considerarse en principio para este fin (según las iniciales consideraciones) el lugar en el que se encuentra el equipo y la tecnología que apoya el sistema de información o los lugares desde los que se puede conseguir acceso al sistema, pues estos no aportan indicación suficiente sobre la parte última del contrato y generaría divergencia entre la ubicación para la aplicación del instrumento y para otros fines. Dicha opción se reservaría de manera exclusiva para las denominadas “empresas virtuales”, es decir aquellas sin ninguna referencia a una ubicación física.

Al contrario de lo estudiado, existen en el seno de la CNUDMI quienes defienden la aplicación de la Convención sobre contratación electrónica independientemente de la ubicación de las partes. A diferencia de lo que sucede con la mayoría de instrumentos de derecho mercantil adoptados por la CNUDMI, la ley modelo de comercio electrónico no diferencia entre las transacciones nacionales e internacionales, sino que brinda al Estado promulgante la opción de limitar el ámbito de aplicación de la ley a las transacciones internacionales. En el caso de la Convención de contratación electrónica ha surtido una serie de análisis que buscan definir un criterio que se adapte a las necesidades del comercio electrónico, de manera tal, que sea cual sea la esfera geográfica de aplicación de la misma permita transacciones no sólo rápidas sino con la seguridad jurídica necesaria. Una de las variantes sugeridas, no limita la esfera de aplicación a los contratos internacionales, de forma que regiría los contratos concertados o demostrados por medio de mensajes de datos²³, con independencia de que las partes tengan o no su establecimiento en distintos estados, lo que implica la ventaja práctica de obviar la necesidad de concretar el lugar en que las partes tienen sus establecimientos; pero el Estado conservará la facultad de aplicar el instrumento únicamente a los contratos internacionales. Se cuestiona al respecto la dificultad de lograr un consenso respecto a este elemento, pues probablemente muchos estados podrían no estar dispuestos a aceptar y ratificar una convención que interfiera con la legislación que rige sus transacciones internas.

3.3.2. La Formación del Contrato

Las normas sobre formación de los contratos establecidas en la CICM, han demostrado en el tiempo que tienen de vigencia su carácter funcional y práctico en un entorno internacional, debido a su capacidad de trascender las diferencias tradicionales en los

²² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *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*, Op. Cit., p.12.

²³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional *Obstáculos jurídicos que impone al desarrollo del comercio electrónico los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional. Recopilación de observaciones de gobierno y organizaciones internacionales*, Add. 1; 40° periodo de sesiones, Viena, 14 a 18 de octubre de 2002.

derechos de tradición romanista y de tradición anglosajona, se cuestiona a pesar de esto, que estas normas se redactaron con miras a resolver los casos en que un contrato se forma mediante la oferta y la aceptación, de manera que aquellos acuerdos logrados fuera de este ámbito no resultarían adscritos a dicho instrumento y resultaría imposible utilizar los presupuestos fijados por esta como modelo para un cuerpo completo de normas sobre la formación de los contratos electrónicos²⁴.

El hecho de que la CICM no hubiese hecho referencia expresa a este tipo de formación de contratos no implica excluirlos del ámbito de la convención. Independientemente de cual sea la posición acogida, la CNUDMI encuentra evidente que la Convención sobre contratación electrónica deberá tener en cuenta la falta de referencia expresa en la CICM a los acuerdos alcanzados de otra manera mediante una oferta y una aceptación claramente definidas.

El anteproyecto de Convención de contratación electrónica no tiene como objeto ocuparse de todos aquellos elementos regulados por la CICM, pues no se refiere de manera exclusiva a este contrato, ni busca duplicar y reiterar los aspectos ya tratados por esta, regulará exclusivamente los elementos necesarios para poder lograr una mayor certeza jurídica en la contratación electrónica, entre los que se encuentran aspectos como la intención de las partes de quedar obligadas por la oferta, el momento en que se entiende formado el contrato y la utilización del mensaje de datos en la formación del acuerdo de voluntad.

- Invitación a hacer Ofertas

El artículo 14 de la CICM enuncia los criterios sustantivos que una declaración requiere para que sea considerada una oferta, la que se distingue de una invitación a ofrecer en la medida en la que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación y se encuentre dirigida a una o varias personas determinadas, aplicable tanto en los casos de correo electrónico o intercambio electrónico de datos. Pero qué sucede, y este ha sido uno de los principales cuestionamientos en materia de negocios en Internet, cuando las partes ofrecen bienes o servicios en un sitio de la red, pues por la naturaleza misma de Internet, es posible dirigir información a un número ilimitado de personas independiente de su ubicación y cuyos contratos pueden llegar a ser concluidos casi instantáneamente gracias a la tecnología existente²⁵.

Se cuestiona así la posibilidad de encuadrar con claridad dicha opción en el concepto de “oferta o de “invitación a hacer una oferta” considerada como toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. La dificultad se encuentra precisamente en este último concepto, pues el contexto puede llevar a interpretar la intención de quedar obligado.

²⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *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*, Op.cit., p. 20

²⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *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*. Op.cit., p.14

El primer criterio evaluado para distinguir entre una “oferta” o una “invitación a negociar”, distingue entre la naturaleza de las aplicaciones que utilicen las partes. De esta manera quien se limite a ofrecer información sobre una empresa en un entorno electrónico, no se diferencia de quien lo hace mediante anuncios en periódicos, radio o televisión. En consecuencia las aplicaciones no interactivas demuestran la falta de intención de quedar obligado. Al contrario las aplicaciones interactivas permiten la negociación y la conclusión inmediata del contrato.

Conforme a lo anterior el proyecto de convención de contratación electrónica expresa: “(...) 2. Para determinar la intención de una parte de quedar obligada en caso de aceptación, deberá tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso. Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes y servicios por medio de sistemas informáticos automatizados que permitan que el contrato se celebre automáticamente y sin intervención humana indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. (...)”²⁶

3.3.3 Tiempo y Lugar del Envío y la Recepción de un mensaje de datos

Conforme al artículo 24 de la CICM, la oferta y la aceptación surte sus efectos al momento de la “recepción”, es decir, cuando “llega” al destinatario, se le comunica verbalmente o se le entrega por cualquier otro medio, personalmente o en su establecimiento o dirección postal. En los medios electrónicos, con el propósito de fijar límites ciertos de interpretación, es necesario definir la “recepción” del mensaje electrónico, labor asumida previamente por la ley modelo de comercio electrónico y que complementa los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas, lo cual puede servir de referente para el desarrollo del comercio electrónico y de la convención sobre contratos electrónicos.

El acuerdo general en este punto tiende a mantener cierto grado de flexibilidad en lo que a este tema se refiere, con el fin de respaldar los diferentes instrumentos del comercio electrónico como son el mensaje instantáneo o medios similares al correo tradicional²⁷.

3.3.4 Requisitos de Forma

El anteproyecto de Convención sobre contratación electrónica se ajusta al principio de libertad de forma de la CICM, pero pueden existir requisitos de forma conforme al derecho aplicable al contrato, cuando por ejemplo uno de los estados ha formulado una reserva. En estos casos la convención deberá establecer, según algunas posiciones planteadas, las condiciones en las que se pueden cumplir los requisitos de forma por métodos electrónicos equivalentes, pues, aún cuando han sido fijados de manera general en la ley modelo de comercio electrónico, no han alcanzado aplicación universal.

²⁶ Art. 9, Numeral 2. Proyecto de convención en contratación electrónica, CNUDMI. Informe del grupo de trabajo sobre comercio electrónico acerca de 39º periodo de sesiones. (Nueva York, 11 a 15 de marzo de 2002)

²⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: *Informe del grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico acerca de 39º periodo de sesiones*; Op.cit., 21

El anteproyecto al acoger dichos planteamientos incorpora y confunde elementos de la CICM con principios establecidos por la ley modelo de comercio electrónico, los cuales no fueron aceptados por el grupo de trabajo y se ordenó una nueva revisión.

3.3.5 Disponibilidad de las Condiciones Contractuales

La CNUDMI plantea en principio la posibilidad de incorporar un texto en la Convención de Comercio Electrónico en el que se obligara a la parte que ofrezca bienes y servicios por medio de sistemas de información, a poner en disposición de la otra parte durante un tiempo razonable el mensaje de datos que contiene las condiciones generales de manera que permitiere su almacenaje y reproducción.

Esta opción fue rechazada en principio por algunos países miembros por imponer reglamentaciones no fijadas respecto a los contratos en papel, que crearía dualidad de regímenes, política contraria a los objetivos del proyecto de convención. La posición prevalente argumenta la conveniencia de este tipo de texto pero previa verificación de las consecuencias de su incumplimiento.

4. CONCLUSIONES

El sistema general de contratación internacional de comercio electrónico requiere de instrumentos de armonización; en ese sentido los trabajos de la CNUDMI son base de desarrollo para llegar a un ambiente más uniforme que aumente la confianza en el uso de los medios electrónicos.

La CNUDMI ha trabajado extensamente en instrumentos que regulan temas como el comercio electrónico, las firmas digitales y ahora la contratación electrónica.

La posible regulación de la contratación electrónica tiene como base la Convención de compraventa de mercancías de Viena, otro instrumento de unificación bajo la égida de la CNUDMI. En todo caso, algunos vacíos de la Convención de Compraventa de Mercancías justifican la propuesta de Convención de contratación electrónica.

La Convención sobre la contratación electrónica no busca ocuparse de cuestiones jurídicas sustantivas busca exclusivamente suprimir los obstáculos jurídicos de las utilización de los medios electrónicos de comunicación, labor en la que se ha empeñado la CNUDMI de tiempo atrás y que abordo en las normas sobre firma digital y comercio electrónico y que además evalúa de manera paralela con el estudio de los instrumentos jurídicos existentes, creados por la CNUDMI, con el fin de identificar aquellos puntos que limitan la aplicación de las mismas a los medios electrónicos.

La comunidad académica interesada en los temas de comercio electrónico debe seguir de cerca el proceso de construcción de la Convención con el fin de aportar comentarios a la CNUDMI y conseguir que el texto final reúna los diferentes temas necesarios para que la contratación electrónica tenga un nuevo impulso y desarrollo.