

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
VI SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS 1993**



**RELACIONES CONTRACTUALES EN INTERNET
Y SU DESPROTECCIÓN POR LA FALTA DE
LEGISLACIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**CARLOS ERNESTO GAITÁN CORTEZ
MARTHA MARÍA GUZMÁN LÓPEZ
VICENTE ALEXANDER RIVAS ROMERO**

DIRECTORA DE SEMINARIO:

LICENCIADA DELMY RUTH ORTIZ SÁNCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SEPTIEMBRE DE 2003

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DOCTORA MARÍA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE – RECTOR ACADÉMICO

INGENIERO JOSÉ FRANCISCO MARROQUÍN

VICE – RECTORA ADMINISTRATIVA

LICENCIADA MARÍA HORTENSIA DUEÑAS DE GARCÍA

SECRETARIA GENERAL

LICENCIADA LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL

LICENCIADO PEDRO ROSALÍO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE - DECANO

LICENCIADO EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO

LICENCIADO JORGE ALONSO BELTRÁN

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

LICENCIADO WILMER HUMBERTO MARÍN SÁNCHEZ

DIRECTORA DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

LICENCIADA DELMY RUTH ORTIZ SÁNCHEZ

DEDICATORIA

A DIOS, MI SEÑOR, *que siempre me acompañó a lo largo de este tiempo, quien puso en mi, la fortaleza necesaria para salir de todas las situaciones, quien me dio lo necesario, quien me escucho en mis tiempos de angustia, a quien siempre acudí cuando me sentí cansado y sin ganas de continuar, y quien ha permitido que hoy llegué al final.*

A MIS AMADOS PADRES, *quienes han sido y seguirán siendo mi ejemplo de lucha toda la vida, quienes me enseñaron que solo luchando se obtiene lo que se quiere, quienes me enseñaron que el pan sabe mejor cuando me lo gano con el sudor de la frente, quienes me enseñaron a caminar, a hablar, a perder y a ganar, a luchar, pero sobretodo a amar y a creer en que con esfuerzo todo es posible.*

A MIS HERMANITOS, *porque me han acompañado durante todo este tiempo, porque han soportado mis enojos, me han acompañado en mis frustraciones, han compartido mis alegrías, han luchado contra mis tristezas, y porque siempre aún lejos en la distancia han estado pendientes de mi llamado, de mis necesidades y sobretodo de estar junto a mí.*

A MI FAMILIA, *mi abuela, mis tías, tíos, primos y a mis fieles acompañantes que siempre han estado pendientes de mí, porque no han desamparado mi lucha, ni han desestimado mi esfuerzo, porque siempre han estado junto a mí, luchando, apoyándome y creyendo en que puedo.*

A MIS HERMANOS, *mis mejores amigos que emprendieron esta tarea conmigo, Martha y Vicente, quienes siempre han estado a mi lado, a quienes no les faltó jamás una palabra de aliento, una sonrisa, un consejo e incluso un regaño cuando las cosas andaban mal, gracias por su amistad y por el apoyo de siempre, gracias por permitirme formar parte de sus vidas y por estar junto a mi hoy que termino esta larga jornada, junto a Ustedes.*

A MIS GRANDES Y BUENOS AMIGOS, *quienes me han enseñado lo importante que es su presencia en mi vida, que me han hecho conocer el valor de una mano y un hombro todos los días, que lucharon junto a mi, y se preocuparon por saber como estaba, que necesitaba, a quienes no les faltó una palabra de apoyo jamás, ni una mano para ayudar a levantarme, mucho menos un empujón para seguir por el camino sin detenerme hasta llegar a la meta.*

Carlos Ernesto Gaitán Cortez

DEDICATORIA

A DIOS TODOPODEROSO, *por darme la vida y permitirme cumplir muchas de mis metas, cuidando en cada momento cada paso que voy dando en este largo camino que es la vida.*

A MIS PADRES, *por guiar cada etapa de mí vida y apoyarme en los buenos y malos momentos, por sus grandes esfuerzos por sacarme adelante y, sobretodo por su gran cariño.*

A MIS HERMANOS, *por su cariño y comprensión.*

A MI ESPOSO Y MI HIJO ALEJANDRO, *que forman una nueva etapa de mí vida, a quienes agradezco su amor y comprensión.*

A MIS AMIGOS, *por compartir todos sus conocimientos y por su gran compañía durante todos estos años.*

Martha María Guzmán López

DEDICATORIA

AL REY DE LOS SIGLOS, *inmortal, invisible, al único y sabio Dios, mi Señor y Salvador Jesucristo, por darme una nueva vida y por iluminar mi mente para obtener este triunfo, porque de Él, por Él y para Él son todas las cosas, a Él sea la gloria por los siglos. Amén.*

A MIS PADRES, *con gran admiración, respeto y amor, por su paciencia, consejos y oraciones, por ser mi ejemplo en todo, gracias por sus sacrificios y comprensión que me brindaron a lo largo de mi carrera.*

A MIS HERMANOS, *que por sus oraciones, cariño y comprensión y apoyo moral hicieron más fácil la culminación de mi carrera.*

A MI ABUELITA *por su amor, por darme aliento y consejos cuando más lo necesité para seguir adelante.*

A MIS LIDERES ESPIRITUALES, *y a mi maestra de Biblia, por sus oraciones, por sus enseñanzas, por ser mis ejemplos de amor y entrega a Dios, lo cual me motivó a depender de Jesús, en especial en el transcurso de mi carrera.*

A la familia Rivas Arévalo, a Mercedes Galindo y a José Juan y Maricarmen de Martínez, con especial gratitud por haberme llevado a recibir a Jesús en mi corazón, y por su apoyo, amistad y hospitalidad que me han brindado a lo largo de mi vida.

A MIS AMIGOS Y HERMANOS EN CRISTO, *porque como un solo cuerpo en Él me apoyaron en oración y aliento para obtener este regalo.*

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS EN GENERAL, *por el cariño brindado, por cada gesto de aprecio y cada palabra que me fortaleció.*

Vicente Alexander Rivas Romero.

AGRADECIMIENTOS

El presente documento refleja la finalización de una etapa muy importante en nuestra vida, fue aquí en los salones de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador donde tuvimos la oportunidad de conocernos y ser el grupo de amigos que hasta ahora somos y que seguiremos siendo, es el fruto del esfuerzo de muchas personas, que directa o indirectamente estuvieron apoyándonos hasta hoy que cerramos un capítulo más.

Nuestros más sinceros agradecimientos a los docentes de esta Facultad que nos pusieron el reto de terminar los estudios universitarios y que a lo largo del camino nos permitieron conocer y crecer como personas y como profesionales.

Nuestros más sinceros agradecimientos a los amigos que siempre creyeron en nosotros y que nunca se fueron de nuestro lado, de más estaría nombrarlos a cada uno de ellos, pero no está de más el agradecer su apoyo, su amistad y su entrega para con nosotros y con nuestro sueños, infinitas gracias por cada uno de los momentos vividos, por las alegrías y tristezas compartidas, por lo bueno y lo malo, por todo lo que nos permitió crecer y ser lo que hasta hoy somos, gracias por siempre amigos.

Nuestros más sinceros agradecimientos a la Licenciada Delmy Ruth Ortiz Sánchez, nuestra Directora de Seminario de Graduación, quien durante este tiempo fue capaz de enseñarnos mucho, no sólo como futuros profesionales, sino como personas, gracias por prestar parte de su tiempo a esta tarea, porque el trabajo finalizado es fruto de un esfuerzo en conjunto, que nos permite decir misión cumplida, agradecemos realmente su dedicación para con nosotros y el buen ejemplo y consejos que compartió durante el desarrollo de esta actividad.

Agradecemos a todas las Instituciones que abrieron cordialmente sus puertas para que pudiéramos llevar a cabo esta investigación, especialmente a la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y a DIESCO EAN de El Salvador dependencia de la Cámara de Comercio e Industria, en donde nos brindaron insumos muy importantes para la ejecución de la investigación y permitieron que la pudiéramos finalizar exitosamente.

Asimismo agradecemos al personal de la Biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y al personal de la Biblioteca Central ambas de la Universidad de El Salvador, por su atención a nuestras solicitudes la mayor parte del tiempo repentinas, pero siempre tomadas en cuenta buscando ayudar a solventar nuestra situación.

Finalmente gracias Dios, porque fuiste Tú, quien permitió que hoy escribamos estas palabras, como señal de nuestro eterno agradecimiento a Ti y a todas esas personas que estuvieron con nosotros y nos ayudaron a terminar con esta prueba, gracias por habernos puesto aquí, por enseñarnos este camino, ya recorrido siempre de tu mano.

Carlos Gaitán, Martha Guzmán y Vicente Rivas.

ÍNDICE

Contenido	Página
I. Introducción	i
II. CAPÍTULO UNO	
ORIGEN Y DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	
1. Antecedentes Históricos	2
1.1 Origen del término Comercio Electrónico	5
1.2 Fases de desarrollo del Comercio Electrónico	6
1.3 Evolución del Comercio Electrónico en El Salvador.....	14
a. Actualidad del Comercio Electrónico	16
b. Acciones desarrolladas.....	25
III. CAPÍTULO DOS	
COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	
2.1 Comercio Electrónico	
2.1.1 Definición.....	28
2.1.2 Características	30
2.1.3 Naturaleza	35
2.1.4 Objeto.....	36
2.1.5 Sujetos	37
2.1.6 Clasificación.....	37
2.1.7 Principios	44
2.1.8 Diferencia entre Comercio Electrónico tradicional y	

Comercio Electrónico realizado por Internet	47
---	----

2.2 Contratación Electrónica

2.2.1 Definición.....	49
2.2.2 Características	50
2.2.3 Principios	51
2.2.4 Clases de Contratos Electrónicos celebrados por Internet	53
2.2.5 Fases de la Contratación Electrónica	67
2.2.6 Contenido del Contrato Electrónico.....	70

IV. CAPÍTULO TRES

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ELECTRÓNICA Y SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

3.1 Legislación Vigente

3.1.1 Constitución de la República de El Salvador	77
3.1.2 Tratados Internacionales ratificados	
a) Código de Bustamante	81
b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Viena, 1980	82
c) Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio electrónico y guía para incorporación al derecho interno de los países	84

3.1.3 Teoría General de los Contratos.....	87
3.1.4 Código de Comercio	102
3.1.5 Ley de Bancos	104
3.1.6 Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores	104
3.1.7 Ley del Mercado de Valores	104
3.1.8 Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta.....	104

3.2 Análisis jurídico de la problemática vinculada a las relaciones

contractuales electrónicas en Internet

1. Desprotección	107
2. Validez.....	108
3. Cumplimiento	110
4. Disputas	112
5. Derechos del Consumidor	114
6. Privacidad y confidencialidad	119
7. Medios de pago seguros	121

V. CAPÍTULO CUATRO

ELEMENTOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ELECTRÓNICA

4.1 Relación Contractual Electrónica

4.1.1 Libertad Contractual y Libertad de Contratación.....	126
4.1.2 Identificación de las partes.....	127
4.1.3 Capacidad.....	129
4.1.4 Representación	130
4.1.5 Consentimiento	133

4.1.6 Oferta.....	137
4.1.7 Aceptación.....	140
4.1.8 Vicios del Consentimiento	
a. Error	144
b. Fuerza.....	151
c. Dolo.....	151
4.1.9 Perfeccionamiento del Contrato Electrónico	152
4.1.10 Reglas para determinar el perfeccionamiento	154
4.1.11 Lugar y momento de formación del contrato.....	156

4.2 Elementos Tecnológicos de la relación contractual electrónica

4.2.1 Documento Electrónico	
a. Características	159
b. Requisitos.....	160
c. Importancia	163
d. Soporte y Registro.....	164
e. Lenguaje.....	167
f. Escritura	168
g. Principios	168
4.2.2 Firma Digital	
a. Características	170
b. Sistemas de Firma Digital	175
c. Funcionamiento.....	178
d. Infraestructura de Firma Digital.....	180

e. Contenido del Certificado de Firma Digital.....	182
f. Criptología	184
g. Pago Electrónico	187

VI. CAPÍTULO CINCO

ASPECTOS PROBATORIOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

5.1 Sistemas de Valoración de la prueba.....	198
5.2 Ideas Preliminares	199
5.3 Justificación Legal.....	202
5.4 Principios probatorios.....	204
5.5 Reglas probatorias	209
5.6 Medios probatorios en particular	
a. Prueba Electrónica Documental	212
b. Prueba Electrónica Pericial	217
c. Prueba Electrónica en la confesión	219
d. Reconocimiento judicial.....	220
e. Prueba testimonial.....	220
f. Presunciones.....	222
g. Prueba del pago.....	223
5.7 Prueba en el derecho comparado.....	224
5.8 Prueba electrónica en El Salvador.....	232

VII. CAPÍTULO SEIS

MARCO TEÓRICO PARA UNA LEGISLACIÓN DE

COMERCIO ELECTRÓNICO

6.1 Regulación de Internet.....	243
6.2 Teorías vinculadas a la regulación del Comercio Electrónico	
a. Tesis de la no intromisión	247
b. Tesis de la intervención estatal	253
c. Tesis intermedias.....	256
6.3 Aspectos básicos de regulación en el derecho comparado	264

VIII. CAPÍTULO SIETE

PROPUESTA ACADÉMICA DE LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO

7.1 Capítulo I: “ <i>Disposiciones Varias</i> ”	276
7.2 Capítulo II: “ <i>Mensajes de Datos</i> ”	285
7.3 Capítulo III: “ <i>Comunicación del Mensaje de Datos</i> ”	291
7.4 Capítulo IV: “ <i>Contratos</i> ”	298
7.5 Capítulo V: “ <i>Firma Digital</i> ”	301
7.6 Capítulo VI: “ <i>Entidades de Certificación y Certificaciones</i> ”	304
7.7 Capítulo VII: “ <i>Entidad Reguladora</i> ”	311
7.8 Capítulo VIII: “ <i>Disposiciones Finales</i> ”	313

IX. CAPÍTULO OCHO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

8.1 Conclusiones.....	317
8.2 Recomendaciones	322

X. BIBLIOGRAFÍA	330
------------------------------	-----

XI. ANEXOS	339
-------------------------	-----

ANEXO UNO: Siglas y abreviaturas utilizadas en el trabajo.

ANEXO DOS: Estadística de Usuarios de Internet en El Salvador.

ANEXO TRES: Estadística de Nombres bajo el dominio SV.

ANEXO CUATRO: Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno.

ANEXO CINCO: Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno del régimen uniforme de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil para las firmas electrónicas.

ANEXO SEIS: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 1980.

ANEXO SIETE: Anteproyecto de Convención sobre contratos celebrados o probados por mensajes de datos.

ANEXO OCHO: Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta

INTRODUCCIÓN

La presente investigación denominada: “*Relaciones Contractuales en Internet y su desprotección por la falta de legislación de Comercio Electrónico*”, tiene como objetivo fundamental establecer la necesidad de implementar una legislación especial que con base en el derecho civil y mercantil, sea capaz de regular los aspectos básicos y características propias de esta nueva modalidad de contratación.

El Capítulo uno del presente documento desarrolla a lo largo de su contenido el origen y desarrollo del comercio electrónico y su estrecha vinculación con Internet, tanto a nivel internacional como local, con el fin de señalar las actividades desarrolladas por Gobierno y empresa privada y los ejes principales para la implementación de la estrategia de comercio electrónico en el país.

El segundo capítulo presenta los aspectos teórico – doctrinarios del comercio y la contratación electrónica, conceptos íntimamente vinculados en materia de relaciones contractuales por Internet, proporcionando dentro de éstos las definiciones, características, naturaleza, sujetos intervinientes, clasificaciones y principios, elementos básicos para poder apreciar desde un punto de vista conceptual la marcada especialidad de esta forma de comercio.

El capítulo tres engloba el análisis jurídico – normativo de la relación contractual electrónica, estudio que parte de la base fundamental de todo Estado, la Constitución de la República, analizando además los Tratados Internacionales que en materia han sido suscritos y ratificados por el país y que pueden ser aplicados e interpretados por el

juzgador salvadoreño. Posteriormente son presentadas las normas contenidas en la legislación secundaria que permiten amparar la contratación por medios electrónicos, haciendo un exhaustivo estudio de la teoría general de los contratos incorporada en la legislación común, la especialidad reflejada por esta figura en materia mercantil, el reconocimiento no sólo de las transacciones electrónicas en materia financiera y bursátil sino además del documento electrónico que las ampara.

Continúa el documento exponiendo los elementos básicos de toda relación contractual, pero adecuados a la especialidad que deberían reflejar en materia electrónica, es así que son presentados tales elementos en dos partes, la primera de ellas se encamina a desarrollar los contenidos relativos a los aspectos legales de todo vínculo jurídico contractual, partiendo de la noción de las libertades contractual y de contratar, que tienen todas las personas capaces, ya sea que la ejerzan por sí o a través de un tercero, con el fin de manifestar un consentimiento al momento de que coincidan la aceptación y la oferta que por medios electrónicos, digitales o telemáticos nos ha sido presentada, con el fin único y exclusivo de perfeccionar ese vínculo, sin la presencia de alguno de los vicios que la teoría general presenta y que podría invalidar la relación perfeccionada.

La segunda parte del capítulo cuatro, desarrolla detalladamente los aspectos tecnológicos que convierten a esta relación contractual electrónica en particular, es así que se muestra la teoría general y aplicación práctica de tres elementos básicos en un sistema comercial electrónica que son, el documento electrónico como manifestación de voluntad por parte de los interesados en llevar a cabo alguna transacción, la firma digital como paso en el proceso de seguridad y confiabilidad para las partes y, finalmente los

medios de pago seguros, a través de los cuales se cumple con la contraprestación adquirida por el deudor al momento de solicitar un bien o servicio por la red.

El capítulo número cinco pretende exponer la adecuación que de los aspectos probatorios contenidos en la legislación salvadoreña se hace, para que sirvan como prueba de las obligaciones contraídas por medios electrónicos, incorporando dentro de su contenido, la justificación legal de su existencia y su aplicación a esta modalidad de contratación, los principios y reglas que lo rigen, el análisis exhaustivo y detallado de los medios probatorios en particular y su funcionamiento en esta relación, asimismo el desarrollo de los aspectos probatorios en el derecho comparado y la existencia del medio electrónico de prueba en El Salvador.

En el sexto capítulo se presentan las teorías y doctrinas íntimamente vinculadas con la necesidad de legislar el comercio electrónico, el cual, por su estrecha relación con Internet parte de la posibilidad de normar esta red de redes, y por ende toda la actividad dentro de ella desarrollada, es así como finalmente se exponen las teorías y doctrinas que amparan la posición adoptada en este documento, es decir, la necesidad de legislar internamente, de adecuar la normativa preexistente y la creación de documentos internacionales con el fin único y exclusivo de brindar seguridad jurídica a todos los sujetos que en un momento determinado participen de esta actividad.

El capítulo número siete muestra el Anteproyecto de Ley que con base a documentos previamente elaborados y discutidos por los sectores público y privado de nuestro país interesados en regular esta situación, a la doctrina de los expositores versados en esta materia, a las directrices proporcionadas por la normativa emitida para

tal efecto por Organismos internacionales, al derecho comparado y a los conocimientos adquiridos a lo largo de la presente investigación, ha sido propuesta, para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico salvadoreño, permitiendo con ello cumplir con las obligaciones de seguridad jurídica y de fomento y desarrollo de la economía salvadoreña que han sido encomendadas al Estado, y en consecuencia proporcionarle a la población un cuerpo legislativo que proteja sus derechos y sus garantías fundamentales en un mercado hasta ahora desconocido, propiciando con ello su participación y la incorporación por parte del país a una sociedad de la información en un mundo globalizado y tecnificado.

Posteriormente, y con base a los aspectos teóricos, doctrinarios, normativos, tecnológicos y al acercamiento a los actores principales de la materia, se presentan las conclusiones y recomendaciones obtenidas como fruto del desarrollo de la presente investigación, las que no van dirigidas exclusivamente a un aspecto determinado, ya que sabemos que el comercio electrónico no se trata únicamente del uso de tecnología, ni solamente de una necesidad de legislar, sino más bien, se trata de hacer uso de esta tecnología, para facilitar la vida diaria de todos los individuos pertenecientes a cualquier sociedad, ya que al no existir frontera alguna, los lazos se unen, y se vuelve necesario el desarrollo de una tecnología adecuada para las relaciones contractuales llevadas a cabo en Internet, y que estas relaciones sean protegidas por un cuerpo normativo eficaz y capaz de promover su desarrollo, su popularización y en definitiva permitir el acceso a El Salvador a esa denominada: “*Sociedad de la información*”.

Finalmente se muestra el soporte jurídico, teórico – doctrinario y recursos informáticos que sirvieron de base a la presente investigación, asimismo se incorporan

dentro del documento ocho anexos íntimamente vinculados con la información contenida en el mismo, y que permitirán a sus futuros lectores comprender en mayor medida la comprobación de la hipótesis de esta investigación, puesto que, con base a todos los elementos incorporados en este documento y al análisis realizado es válido decir que: *“Las relaciones contractuales realizadas por Internet se encuentran desprotegidas por la falta de legislación de comercio electrónico”*.

Es de esta manera que como grupo investigador ponemos fin al presente documento, y a la lucha por alcanzar la primera de nuestras metas en este largo camino, esperando que cumpla con todas las expectativas de sus lectores e incorpore los elementos básicos propios de las tecnologías de la información que fundamenten la necesidad de haber llevado a cabo esta investigación.

*“Deberíamos hacer
que todo fuera lo más fácil posible,
pero no más”*

Albert Einstein

*“El Comercio Electrónico no es tecnología,
es el uso de la tecnología para hacer más fácil la vida diaria”*

CAPÍTULO UNO

“Origen y Desarrollo del Comercio Electrónico”

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La historia humana ha sido delimitada en diferentes formas según los factores económicos, sociales, políticos, culturales, religiosos y tecnológicos que han influido y marcado las diferentes etapas según los eventos y descubrimientos más importantes.

El estudio de la evolución histórica del término “*Comercio Electrónico*” no debe realizarse de manera aislada, como un fenómeno de la modernidad, limitando su estudio a partir de esta época, sino más bien debe partirse de la idea general que del concepto “comercio” se posee, así puede decirse que éste nace espontáneamente cuando una región posee lo que otras desean y no pueden producir, o bien cuando una industria ha adquirido una ventaja relativa en la producción de ciertas cosas.

El avance tecnológico ha influido en el comercio de manera muy importante, el hecho más sobresaliente de los últimos años se derivó del proyecto llevado a cabo por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica que dio como origen a lo que hoy en día se conoce como la red más grande del mundo **Internet**¹

Las primeras iniciativas referentes a la utilización de esta red surgen a finales de la década de los 60, pero es en los últimos años que se ha desarrollado con fuerza la utilización de Internet como un claro mecanismo alternativo para la comercialización de productos y, por tanto, como una vía alternativa para la realización de muchas actividades económicas.

¹ Ver en Internet www.societaddigital.org; CARVAJAL Sánchez, Bernardo Andrés. “Algunos aspectos jurídicos relevantes del Comercio Electrónico. Aproximación a las necesidades jurídicas de sus agentes”. Página 2 – 10.

Internet se convierte en el dispositivo que le da impulso al comercio electrónico, lo cual no quiere decir que le haya dado origen al mismo, puesto que ya antes de la expansión de esta red mundial el comercio electrónico era una realidad para muchas empresas radicadas en diversos países.

La historia del comercio electrónico se remonta a los años 70, cuando los bancos comenzaron a utilizar las *Transferencias Electrónicas de Fondos (EFT)*², a través de sus redes privadas, en ese momento el gobierno y la empresa privada se proponen hacer un mejor uso de las computadoras para mejorar las transacciones entre las diversas compañías³.

Con el pasar del tiempo las Transferencias Electrónicas de Fondos (EFT) dieron origen a diversas tecnologías de transmisión de mensajes electrónicos. Las dos principales fueron el *Intercambio Electrónico de Datos (EDI)* y el *Correo Electrónico (e-mail)*. El intercambio electrónico de datos permitió a las compañías, desde ese momento, procesar e intercambiar electrónicamente ordenes de compras, reportes anuales, reportes de envío, facturas y otros documentos de negocios.

El uso de computadoras para transferir la información trajo como beneficio un gran ahorro de tiempo y dinero. A través de los años, los intercambios electrónicos de datos dieron paso a diversas tecnologías de comunicación más específicas entre compañías, tales como el Intranet.

² Se trataba de la tecnología abanderada de la época, siendo la más utilizada en relación con el Comercio Electrónico, la cual consistía técnicamente es la transferencia electrónica de documentos de una computadora a otra, encontrándose estructurada mediante mensajes acordados y estandarizados internacionalmente.

³ **BARRIUSO** Ruíz, Carlos. “La Contratación Electrónica”. 2ª Edición. Editorial Dikynson. España. 2002. p 1- 15.

A finales de la década de los 80 y a principios de los 90 cada vez, más compañías se fueron involucrando en la mensajería electrónica y diversos sistemas fueron desarrollados para permitir el paso de métodos no electrónicos a plataformas electrónicas con la finalidad de hacer que los procesos administrativos fueran cada vez más eficientes.

En este período el comercio electrónico fue introducido como una forma de proveer servicios *on line* al público, empezando a utilizarse este tipo de actividad como una forma de compartir archivos y datos a manera de comunidades virtuales limitadas a un número reducido de personas.

Con el avance de la tecnología las computadoras se hicieron cada vez más fáciles de utilizar, lo que permitió el uso masivo de las mismas, lo cual aunado a la creación y desarrollo del *World Wide Web* (**www**), y de tecnologías que garantizan la seguridad de las transacciones electrónicas, permitió el auge vertiginoso experimentado por el comercio electrónico en los últimos años.

La evolución y fuerte crecimiento del comercio electrónico en los últimos cinco años, se debe fundamentalmente, a la fuerte innovación tecnológica producida (fibra óptica, tecnología digital, satélites, etc.) y a su expansión en las sociedades, lo que ha permitido una importante diversificación en los medios de acceso para el uso de Internet, permitiendo a los ciudadanos conocer las ventajas que aportadas por la adecuada utilización de las tecnologías de la información y comunicación.

En la mayoría de los países se ha permitido una liberalización del sector de las

comunicaciones, originando una mayor competencia y con ello, un mayor interés por aumentar las posibles funciones de los servicios ofrecidos por este sector, tomándose conciencia del cambio producido y generándose interés por potenciar las bases para que sus economías se adapten a este cambio.

El crecimiento del comercio electrónico no ha sido un fenómeno aislado sino que en realidad se produce como consecuencia, por lo menos, de la conjunción de tres aspectos fundamentales:

1. Cambios tecnológicos,
2. Cambios en la mentalidad de la sociedad y
3. Determinado comportamiento favorable por parte de legisladores y políticos.

1.1 ORIGEN DEL TÉRMINO COMERCIO ELECTRÓNICO

Debido al hecho de que las compañías requerían algo más que una solución relacionada con los mensajes, dentro de su estrategia de *Tecnología de Información (IT – Information Technology)*, el término de Comercio Electrónico⁴ se propuso hace apenas unos años, refiriéndose a una extensión del término anteriormente utilizado y concebido como intercambio electrónico de datos.

El crecimiento de Internet y en particular del Web ha producido una masa crítica de consumidores y empresas que participan en un mercado interactivo global, por lo que la adopción de Internet como medio comercial ha provocado que las compañías experimenten formas innovadoras de llegar a sus clientes utilizando la combinación de

⁴ Del anglicismo *e-commerce*, derivado de la expresión “*electronic commerce*”.

la tecnología computacional y de telecomunicaciones, ampliando su función de medio de comunicación a el de un nuevo medio de mercadeo.

1.2 FASES DE DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A pesar de la aparente corta historia que presenta el Comercio Electrónico como nueva forma de contratación, es posible hablar de tres diferentes etapas por las que el mismo en su funcionamiento ha atravesado. Estas etapas son⁵:

1.2.1 Primera Etapa: la prehistoria

Las redes de telecomunicaciones y la informática siempre fueron utilizadas por los empresarios para crear oportunidades de negocios, y desde la invención del telégrafo a la fecha se vienen incorporando a la vida comercial en forma cada vez más acelerada.

El uso generalizado de las tarjetas de crédito, la transferencia electrónica de fondos y los cajeros automáticos, son una realidad asentada ya hace varios años en los mercados occidentales, y se insertaron en la actividad económica normal, sin mayor sobresalto. A mediados de los años ochenta France Telecom, operador estatal de Francia, lanzó el servicio Minitel para sus abonados, en el que integraba servicios de información con terminales de texto interactivos.

En esta época ya existía Internet o su antecesor “ARPANET”⁶ (creada en 1969), pero no era ni aún en parte un entorno comercial, sino una herramienta académica. De

⁵ Ver en Internet www.gandhi.edu.uy/gateway/n002b.htm. **RODRÍGUEZ** Perdomo, Matías. "**Regulación estatal del comercio electrónico: Fin del minimalismo**". Ponencia presentada en el Seminario de Comercio Electrónico para el desarrollo. Uruguay. 2001.

⁶ Advanced Research Projects Agency Network en castellano Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada en la Red.

hecho, la “National Science Foundation”, Agencia Federal que la subsidiaba, prohibió hasta 1991 a quienes participaban de Internet realizar actividades comerciales en su seno.

Es de señalar que los subsidios públicos eran sin duda necesarios, pues cuando en 1972 el gobierno norteamericano quiso privatizar ARPANET, la red fue rechazada por AT&T⁷ por considerarla inviable comercialmente.

Pero más allá de Internet, el comercio electrónico existía con volumen creciente a través de redes y enlaces privados, utilizando herramientas como el EDI (protocolos para el intercambio electrónico de datos), que operaba exclusivamente entre empresas u organizaciones, en carácter similar al actual “*Comercio Electrónico B2B (Business to Business o Empresa a Empresa)*” .

Ahora bien, estos negocios se efectuaban entre firmas que se conocían muy bien, y que tenían el porte económico suficiente para adquirir la tecnología necesaria para esta modalidad comercial. Era un asunto entre pocos y conocidos, con asesores profesionales especializados. Las transacciones se regulaban por contratos en cuyo texto, en general, el contratante mas fuerte imponía al más débil, como hoy lo sigue imponiendo.

1.2.2 Segunda etapa: la burbuja.

Entrada ya la década de los años noventa, sucedieron diversos hechos que provocaron un crecimiento explosivo del Comercio Electrónico: la generalización del

⁷ American Telephone and Telegraph por sus siglas en inglés

“World Wide Web” y su lenguaje HTML⁸, y los primeros navegadores comerciales (el “Mosaic” y su evolución empresarial, el “Navigator” de Netscape), hicieron el milagro.

Con ambiente intuitivo y gráficos agradables, estos elementos poseían el potencial suficiente para masificar Internet, y ello trajo consigo el mercado. Apareció por primera vez la posibilidad de contacto electrónico fácil, rápido, interactivo y a distancia entre consumidores y vendedores totalmente desconocidos, y con ello, el problema de la identidad de las partes.

La actividad comercial pudo llevarse a cabo finalmente en una red abierta a todos los que quisieran entrar, lo cual hizo emerger el problema de la seguridad de la información cursada.

Al compartir los participantes en la red los recursos conectados a la misma, incluyendo el acceso a múltiples bases de datos, surgió el problema de la privacidad. Por último, apareció en el horizonte el ambiente globalizado y aparentemente sin fronteras para comerciar, y asociados con él llegaron el problema tributario y el problema jurisdiccional, ya que se borran todas las fronteras y límites en que los Estados podían ejercer su poder y atribuciones otorgadas en sus respectivas legislaciones.

Simultáneamente, el crecimiento de Internet a tasas muy elevadas, llevó a pensar que era un fenómeno abrumador, que cambiaría el mundo comercial para siempre en poco tiempo. El comercio al consumidor, “*Comercio Electrónico B2C*” (*Business to*

⁸ por sus siglas en inglés Hyper Text Markup Language

Consumer o Empresa a Consumidor), ilusionó de tal modo que se perdieron las referencias respecto a las reglas de la economía tradicional.

Un método de financiamiento que existía desde tiempo de los romanos, el llamado Capital de Riesgo (“Venture Capital”), adquirió absoluto protagonismo, al punto de identificarse con el modelo empresarial asociado a Internet, junto a la imagen de emprendedores jóvenes y exitosos.

Algunos teóricos sostuvieron públicamente que había llegado el final de los ciclos económicos, que era posible un infinito aumento de la productividad, y que por lo tanto presenciáramos el crecimiento indefinido y “no inflacionario” de la economía por varias décadas

Durante un lapso de cinco años (contados a partir de 1994) pareció que todo era posible. Nacieron imperios (AOL, Time Warner, Yahoo!, eBay, Amazon), otros se expandieron (Microsoft), sectores enteros de la economía tradicional se vieron amenazados (industrias fonográfica y editorial), y surgieron servicios y modelos de negocio totalmente nuevos.

Todo esto acaeció a partir que Netscape, en 1995, efectuó su primera oferta pública de acciones. Ese momento es reconocido como el del nacimiento de la llamada “Nueva Economía”. Junto con la aparición de la “Nueva Economía”, arreciaron las críticas al Derecho, invocando su presunta incapacidad para adaptarse a la nueva realidad digital, y anunciando crisis en cada materia sujeta a regulación.

La “Nueva Economía” requería algo así como un “**Nuevo Derecho**”, y las tradicionales normas de adaptación eran subestimadas por los comentaristas. Este fenómeno fue acompañado con la aparición de una tesis que llamaba vigorosamente a la abstención estatal en materia regulatoria, denominada *Doctrina de la Legislación Minimalista*⁹, cuyo descripción está muy bien desarrollada en un informe de la Secretaría de la UNCTAD de 1999 denominado “*Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico*”. A efecto se transcribe lo señalado dentro de este informe en relación a la regulación del comercio electrónico por parte de los Estados:

“.....El primer tema que se perfila es el de la legislación minimalista: los gobiernos no deben regular en exceso; existe la preocupación de que los intentos de controlar, limitar o encauzar las novedades en materia de Comercio Electrónico afectarán negativamente a la capacidad de las empresas de adoptar las aplicaciones tecnológicas más adecuadas a sus actividades, impedirán la innovación en las esferas de la tecnología y de los modelos de prácticas comerciales, y obstaculizarán el desarrollo del mercado”.

Esta actitud minimalista va asociada a otras dos posiciones:

- a. El principio de **neutralidad tecnológica** de la normativa y,
- b. La exaltación del principio de **autonomía de la voluntad** de las partes.

Esta posición se manifiesta en pronunciamientos muy importantes de la época. Por ejemplo, en su propuesta denominada “Marco para el Comercio Electrónico Global”¹⁰ de julio de 1997, el entonces Presidente de los Estados Unidos William

⁹ Ver en Internet www.unctad.org/ecommerce

¹⁰ Introduction To Electronic Commerce A Handbook For Business. Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica. 1999.

Clinton sostenía lo siguiente: el sector privado debe liderar el desarrollo del comercio electrónico global. Por ello debe preferirse la auto regulación, la elaboración por las empresas de estándares y acuerdos, y consultar la opinión de éstas sobre las decisiones tributarias.

Los gobiernos deben evitar indebidas restricciones al comercio electrónico. Debe existir la menor cantidad de normas posibles, pues la tecnología las supera rápidamente, y la innecesaria regulación distorsiona el mercado electrónico.

Donde la participación gubernamental sea inevitable, debe constituir un marco legal predecible, mínimo, consistente y simple. En materias donde los estados deben intervenir, se recomienda un modelo de ley de tipo contractual y descentralizado, mas que uno de orden público.

Los gobiernos deben reconocer las cualidades únicas de Internet. El éxito de Internet se debe a su tradición de autogobierno. Las normas aprobadas años atrás por los países no pueden adaptarse a esta nueva realidad, y deben ser revisadas para eliminar las restricciones al comercio electrónico.

El comercio electrónico debe ser facilitado a escala mundial. Internet es un mercado global, por lo que debe ser regulado por principios consistentes a través de las fronteras nacionales, mas allá de la jurisdicción nacional en la que se encuentren compradores o vendedores.

En este sentido, vale la pena citar textualmente el mismo pronunciamiento del

gobierno de los Estados Unidos de 1997¹¹, cuando sostiene que “*este documento cubre nueve áreas donde los acuerdos internacionales son necesarios para preservar la Internet como un medio no regulado, en el cual la competencia y la elección del consumidor mejorarán el mercado*”. “*Estos ítem pueden ser divididos en tres subgrupos principales:*

- a. *Financieros*
- b. *Legales y*
- c. *De acceso al mercado*”.

- a. **Los financieros** eran “*aduanas e impuestos*” y “*pagos electrónicos*”;
- b. **Los legales** incluían un “*Código Comercial Uniforme*” modelo para el *comercio electrónico* (similar al UCC de los Estados Unidos), *la protección de la propiedad intelectual, la privacidad y la seguridad*; y
- c. **Los de acceso al mercado** referían a la *infraestructura de telecomunicaciones y a la tecnología de la información, al contenido y a los estándares técnicos*.

Esta segunda etapa histórica llegó a su apogeo el 10 de marzo de 2000, cuando inaugurando el décimo año de crecimiento consecutivo de la economía norteamericana, el índice NASDAQ alcanzaba a su cota máxima de 5048,62 puntos.

1.2.3 Tercera etapa: la actualidad.

En Abril del año 2000 comenzaron a cambiar algunos puntos de vista, como consecuencia de los resultados exhibidos entonces por las empresas de la Nueva

¹¹ Ver en Internet www.3w3search.com/edu/merc/es/gmerc038.htm
www.fcc.gov/ib/initiative/files/cg/spanish/12.pdf

Economía, tras la caída bursátil que subsiguió y sobretodo hoy, prácticamente sin crecimiento económico en el mundo, las cosas pueden verse ligeramente distintas.

Apareció una red con suficiente ancho de banda para que las empresas de la economía de siempre, hagan mejor y más barato los negocios de siempre. Sustituyó el paradigma de la red telefónica que conmuta por circuitos, por el de la red de datos que conmuta paquetes.

Dejó instalado el concepto de convergencia digital, y sentó en el trono al Protocolo de Internet¹². Colocó mas que nunca antes a las telecomunicaciones en el centro de toda actividad comercial, y sumergió en grave crisis al sistema bursátil y a los mecanismos de remuneración gerencial.

Pero la caída de la “nueva economía” como se conoce no es en absoluto negativa para el comercio electrónico: por el contrario, parece ser su garantía de desarrollo, como actividad madura de empresarios y consumidores, en cuanto que permite el desarrollo de la competencia y de los servicios ofrecidos en la red, ampliando y mejorando el mercado virtual.

Muchos aspectos de la economía han cambiado realmente, y de modo irreversible, si bien es cierto el ciclo económico no ha desaparecido, pero también lo es que las masivas inversiones en tecnologías de la información lo han hecho irreconocible, al mejorar el control de inventarios. Es cierto que los índices de productividad no crecieron indefinidamente, pero han mejorado sustancialmente, y seguirán mejorando, y

¹² IP Internet Protocol por sus siglas en inglés.

tras estos cinco años, el rol reservado a los flujos de información en la economía ha cambiado y seguirá cambiando, en lo que algunos comentaristas ya están denominando “la economía IP”¹³.

La sociedad de la información, que en lo sustancial crece y se desarrolla exhibiendo indicadores excepcionales aún durante esta crisis, ha madurado, y por lo tanto debe guiarse por “**la Economía**” y por “**el Derecho**”, ciencias éstas sin adjetivos calificativos, como su marco de referencia.

1.3 EVOLUCIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL SALVADOR

El desarrollo del Comercio Electrónico como tal se encuentra estrechamente vinculado con el desarrollo que la red Internet ha reflejado, razón por la cual se vuelve indispensable el conocer la evolución que ésta ha tenido en El Salvador¹⁴.

Establecido plenamente el Internet a nivel mundial, en nuestro país en el año de 1994 se dieron los primeros movimientos que llevarían al país a un acceso fijo a la red, entre los precursores de esta iniciativa se encontraban: El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), La Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES), Universidad de El Salvador, Universidad Centroamericana Doctor José Simeón Cañas, Universidad Don Bosco, Centro Cultural Salvadoreño, Escuela Superior de Economía y Negocios, Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, CRNet de Costa Rica, y la Organización de Estados Americanos, quienes el 2 de septiembre de ese mismo año acuerdan constituir el grupo coordinador del Proyecto

¹³ Internet Protocol Economy, (en castellano Economía de Internet)

¹⁴ Ver en Internet www.svnet.org.sv/arthisintsv.html; **IBARRA** Fernández, Rafael Antonio. “Historia de Internet en El Salvador”.

“*SVNet: Internet en El Salvador*”, siendo las primeras cinco instituciones señaladas las fundadoras del proyecto, y las restantes observadoras, teniendo a su cargo posibilitar la conexión de Internet en El Salvador.¹⁵

En ese mismo mes se gestionó ante la *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA por sus siglas en inglés, en castellano *Autoridad de Asignación de Números de Internet*) y el *Internet Network Information Center* (INTERNIC por sus siglas en inglés, en castellano *Centro de Información de la Red de Internet*), respectivamente, un conjunto de direcciones de Protocolo de Internet (IP), equivalentes a una clase B y la administración del dominio correspondiente a El Salvador, reflejado a través de SV.

En octubre de ese mismo año se estableció un acuerdo con UUNet compañía del Estado de Virginia de los Estados Unidos de Norteamérica, para manejar el tráfico de correo desde y hacia El Salvador, bajo el dominio ya señalado. En diciembre del año en mención se instaló y configuró exitosamente un nodo *UUCP (Unix to Unix Copy Program)* de correo electrónico en el CONACYT con este propósito, y los primeros mensajes con direcciones terminadas en SV comenzaron a circular en Internet.

El Salvador se encontró inmerso en la World Wide Web desde enero de 1996, cuando ANTEL completó la instalación de los primeros enlaces dedicados a Internet en territorio salvadoreño, siendo estos los pertenecientes a la Universidad Centroamericana Doctor José Simeón Cañas y el de la Universidad Don Bosco.

Desde entonces, el crecimiento de Internet ha sido como en todo el mundo, muy

¹⁵ Acta de Constitución de Instituciones Fundadoras del Proyecto SVNet: Internet en El Salvador.

acelerado, observándose incluso el aumento en el número de proveedores de Internet que ofrecen diversos servicios, siendo estos los siguientes¹⁶: Americatel, AmNet, CyTec, EJJE, El Salvador On Line, GBNet, IFX, Integra, Intercom, Internet Gratis, Netcom, Newcom, Salnet, Saltel, Telecam, Telecom, Telefónica, Telemovil y Tutopia.

La implementación de una estructura y plataforma propia de El Salvador, ha permitido en consecuencia la integración del país al mercado internacional, con total independencia de la tendencia de comercio electrónico de que se trate, ya sea, bien negocios realizados entre empresas exclusivamente, o bien entre estas y los particulares, o la que se desarrolla exclusivamente entre particulares e incluso aquella en la que el gobierno de un país tiene una relación con las empresas.

1.3.1 ACTUALIDAD DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN EL SALVADOR

Partiendo de esas tendencias puede señalarse que en El Salvador se han desarrollado poco a poco las relaciones denominadas *Business to Business (B2B)* y *Business to Consumer (B2C)*, previéndose que a mediano plazo se pueda participar en las otras tendencias mencionadas anteriormente¹⁷.

En cuanto a la relación Business to Business, cabe mencionar que en la actualidad la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador se ha enfocado en esta relación y está coordinando tres proyectos EDI (Intercambio Electrónico de Datos), bajo estándares internacionales a nivel nacional en los sectores comercio, aduanal (Teledespacho) y financiero.

¹⁶ Ver en Internet www.SVNet.org.sv

¹⁷ **AYALA**, Rodrigo. Comercio Electrónico en El Salvador. Gerencia de Proyectos, EDI, DIESCO, EAN El Salvador. Revista INFOTECH. 2º Trimestre. 2000. páginas 8 - 10

Actualmente en El Salvador, con el Decreto Legislativo número 523 publicado en el Diario Oficial el día 3 de octubre de 2001, denominado “**Reformas a la Ley de Simplificación Aduanera**” se implementó obligatoriamente el sistema denominado Teledespacho, el cual hace uso de Internet para su funcionamiento. Este sistema fue desarrollado por el Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de la Renta de Aduanas (DGRA) en conjunto con la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, por medio de DIESCO EAN El Salvador.

Para este sistema se ha montado una infraestructura a nivel de software y de red de comunicación, que utiliza el servicio de firma digital de llave pública/privada (PKCS); y la emisión de certificados de firmas digitales con el objetivo de certificar electrónicamente a los usuarios de este sistema, además se están utilizando redes privadas virtuales para crear canales seguros de comunicación.

En cuanto al Sistema EDI Aduanas o Teledespacho, se puede señalar que el mismo entró en operaciones reales a partir de marzo de 1999, contándose a la fecha con alrededor de doscientos cincuenta usuarios¹⁸ (empresas), que realizan transacciones reales vía EDI con la Aduana, se están asimismo intercambiando declaraciones de mercancías, manifiestos de carga, conocimientos de embarque (ciclo de importaciones) y sus respectivas respuestas a través de una red privada de datos. En dicho sistema se encuentra incorporadas empresas navieras, de transporte terrestre, empresas de courier, agentes aduanales e importadores/exportadores directos.

¹⁸ Entre las empresas que actualmente están operando con el sistema de Teledespacho EDI se encuentran: ADOC, Sigma, Textiles San Andrés, Hilasal, Sara Lee, DHL, UPS, Crowley, Seaboard, Cajas y Bolsas de El Salvador, Almacenes Simán, Textufil, textiles La Paz. Dato obtenido de la Revista INFOTECH 2º trimestre del año 2000.

El intercambio de información, particularmente de la Declaración de Mercancía y la respectiva respuesta por parte de la Dirección de Aduanas, se hace bajo estándares y modelos de seguridad altamente confiables, que contemplan el uso de Certificados Digitales (estándar X509), Firma Digital, y Criptografía (infraestructura estándar de llave pública/privada – PKCS).

Para el sistema de **TELEDESPACHO POR INTERNET**¹⁹, se ha implementado el uso de la **Firma Electrónica y Certificados Digitales** emitidos por Certi C@mara, filial de la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, con el objetivo de asegurar las transacciones electrónicas de dicho proyecto. Estos mecanismos de seguridad permiten asegurar el envío y la recepción de la información, ya que el emisor, al firmar el documento electrónico y validarlo con su Certificado Digital, está dotando a dicho documento con las siguientes características de seguridad: **No repudio, autenticación e integridad del emisor del mensaje**. Esto le da la certeza al receptor de que quien firma y envía, es quien dice ser, por lo tanto no se puede hacer a nombre de un tercero. Adicionalmente este mensaje firmado se codifica (cifra) para que viaje por Internet en un lenguaje en que solo las partes involucradas podrán entenderlo.

Es necesario aclarar que los Certificados Digitales emitidos por Certi C@mara **solo certifican al Usuario**, no la Información y su uso es únicamente para Teledespacho por Internet (Tramites de Importación por Internet con la Dirección General de la Renta de Aduanas).

Desde Octubre de 2002, con el objetivo de facilitar al usuario de

¹⁹ Ver en Internet www.camara.com.sv

TELEDESPACHO el poder realizar una orden de pago de los impuestos de importación desde su oficina, y así evitar tener que enviar a alguien a certificar cheques para poder retirar la mercadería en las diferentes aduanas del país, el Ministerio de Hacienda tuvo a bien contratar los servicios de consultoría de DIESCO EAN El Salvador, para el desarrollo de una Plataforma de Pago Electrónico de Impuestos, conocida como TELEPAGO.

A Febrero de 2003, TELEPAGO cuenta con la participación de 5 Bancos: BANCO CUSCATLÁN, BANCO SALVADOREÑO, BANCO AMERICANO, CITIBANK, y BANCO DE COMERCIO (BanCo). El modelo de seguridad para TELEPAGO está basado en estándares internacionales, bajo los servicios de Autenticidad, No Repudio, Integridad (Firma Electrónica) y Confidencialidad (encriptamiento), más el uso de Certificados Digitales (X.509), y el manejo de llaves públicas y privadas (PKC's).

De igual forma se analiza la figura de crear un ente generador de llaves públicas y privadas, así como los certificados (Entidad Certificadora), y una ACH (Cámara de Transferencia Electrónica de Fondos Interbancarios), en conjunto con asociación de Bancos Salvadoreños y el Banco Central de Reserva.

En cuanto a los Pedidos Electrónicos (EDI Comercial), se está desarrollando un Proyecto de implementación dividido en dos etapas: la primera se ha desarrollado básicamente a través de la generación de ordenes de compra, catálogos de precios, avisos de despacho y avisos de recepción, y en el momento de aprobarse la legislación correspondiente se piensa en la posibilidad de aplicar la factura electrónica.

Se ha contemplado asimismo la utilización de los documentos, reporte de inventarios y el reporte de ventas. La operatividad del Proyecto se basa en la relación supermercado – proveedor. En la actualidad, se están desarrollando planes pilotos entre supermercados Selectos, la Despensa de Don Juan y ocho de sus proveedores, ya están en operación las transacciones entre Almacenes Simán y seis de sus proveedores: Distribuidora Steiner, Indufoam, Industrias Capri, Mobilia/Moblex, Industrias Topaz e Hilasal.

En cuanto a la relación *Business to Consumer*, en el país existe un amplio desarrollo de páginas www pero enfocadas principalmente a la publicidad de bienes y servicios. A finales de 1999, surgieron páginas web interactivas (acceso a bases de datos para validar información y/o cálculos, los cuales dan servicio de valor agregado a los clientes). Para citar ejemplos con esta modalidad de Comercio Electrónico están: Pizza Hut, Almacenes Simán, Kismet, Trans – express, La Tienda.com, Reltex.com y Banco Cuscatlán. Dichos servicios están enfocados a ofrecer productos y servicios a través de la red Internet.

El Banco Central de Reserva de El Salvador y la Corporación de Exportadores de El Salvador unieron esfuerzos con el Centro de Comercio Internacional, dando a conocer especialmente al sector de la Pequeña y Mediana Empresa los fundamentos básicos del comercio electrónico con el fin de exhortarlos a la aplicación de las ventajas que ofrecen los sistemas de información para hacer negocios, constituyéndose en un claro ejemplo de como juntos Gobierno y Empresa Privada pueden coordinar esfuerzos que permitan tomar ventajas competitivas de la globalización de mercados por medio de Internet.

En El Salvador se considera que aunque existen diversos problemas de tipos externos como internos a la tecnología y al país, no se puede dar el lujo de sentarse a esperar hasta que tales problemas sean resueltos para comenzar a tomar cartas en el asunto, la globalización del comercio electrónico no espera a nadie y no depende de las decisiones que el gobierno tome.

El Salvador cuenta con algunas características que hacen atractivas la aplicación del comercio electrónico, destacándose entre ellas las siguientes:

1. Existencia de un entorno privado y muy competitivo de las empresas operadoras de telecomunicaciones con tecnología del tipo digital en un alto porcentaje .
2. La implementación del proyecto Infocentros, orientado a fomentar el acceso generalizado de la tecnología de la información a la población salvadoreña.
3. La facilitación de tramites aduanales , fiscales y administrativos.
4. La elaboración de un marco legislativo apropiado al comercio electrónico en El Salvador.
5. La existencia de gran cantidad de compatriotas residiendo en el extranjero con interés de invertir, contratar servicios o mantener contacto con su país de origen.

Los aspectos básicos para la implantación de la estrategia que permita el desarrollo del comercio electrónico en El Salvador están visualizadas en las siguientes áreas²⁰

- a) Infraestructura y soporte.
- b) Cultura electrónica.

²⁰ “Secretos del Comercio Electrónico, una guía para pequeños y medianos comerciantes”. Documento elaborado por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC (CCI) del Banco Central de Reserva de El Salvador.

- c) Marco regulatorio y legislación .
- d) Competitividad.

A. ***La Infraestructura y soporte*** de la tecnología de las telecomunicaciones, genera 7 líneas de acción que se identifican como requisitos para que El Salvador entre de lleno al Comercio Electrónico, siendo las siguientes:

1. Infraestructura de acceso.
2. Servicios y software básicos.
3. Sistemas de pagos ágiles.
4. Logística de entrega y distribución.
5. Terminales accesibles a la población.
6. Campaña de imagen.
7. Reconocimiento y aval a empresas salvadoreñas a nivel internacional.

B. ***La cultura electrónica*** que debe ser difundida en todo Estado que pretenda la implantación del comercio electrónico como forma de contratación, genera 3 líneas de acción que se identifican como requisitos, siendo éstas las siguientes:

1. Cultura electrónica generalizada.

Dirigida a popularizar en todos los sectores de la sociedad, el uso de las telecomunicaciones y los instrumentos electrónicos o análogos para la realización de diversas clases de actividades, permitiendo así la utilización de Internet como herramienta que facilite labores académicas, comerciales, de servicios o cualquier otra afín a éstas.

2. Contenido pertinente en línea.

Es decir, que el usuario común al utilizar la red pueda encontrar congruencia precisamente entre lo que busca con lo que encuentra. Asimismo que éste, cuente con todas las garantías necesarias y suficientes que aseguren sus derechos y deberes en la red.

3. Capacitación.

Que puede ser apreciada desde dos perspectivas, la primera de ellas basada en la formación y entrenamiento de la sociedad en el uso e implementación de las nuevas tecnologías, y de las diversas aplicaciones y usos que pueden ser obtenidos a partir de éstas, y en segundo lugar, en el adiestramiento y formación constante, actividades dirigidas a asegurar el máximo aprovechamiento de la tecnología existente como de los instrumentos y espacios nuevos.

C. ***El marco regulatorio y legislación*** que debe implementarse en El Salvador generaría 2 líneas de acción, requisitos para que el país pueda entrar al mercado del comercio electrónico:

1. Seguridad electrónica y legal.
2. Marco legal amistoso.

D. ***La Competitividad***, genera 6 líneas de acción que se identifican como requisitos para entrar al comercio electrónico, siendo ellas las siguientes:

- 1) Traducción a otros idiomas.
- 2) Capacidad de respuesta a la demanda.
- 3) Calidad competitiva a nivel mundial.

- 4) Perfeccionamiento de métodos y organización de la empresa.
- 5) Estandarización de productos y practicas.
- 6) Acuerdo, alianzas y negocios con el “Departamento 15”.

Los asuntos políticos y técnicos a considerar a nivel de la República de El Salvador, tomando en cuenta que existe una alta concentración del comercio electrónico en el mercado de los Estados Unidos y que es muy difícil encontrar proveedores en los países en desarrollo por la falta de credibilidad y respaldo por ser desconocidos, de igual forma los costos que implica la creación integral efectiva de un sitio WEB, se concentran en los siguientes aspectos fundamentales:

1. Aspectos Políticos

- a) Aspectos jurídicos internacionales.
- b) Fraude.
- c) Protección al consumidor.
- d) Protección de la propiedad intelectual.
- e) Acceso a la infraestructura de telecomunicaciones.
- f) Mejoramiento de la infraestructura de telecomunicaciones.
- g) Desarrollo de estrategias nacionales de comercio electrónico.

2. Aspectos Técnicos

- a) Encriptación.
- b) Seguridad de realización de los pagos.
- c) Certificación de los compradores.

- d) Firmas digitales.
- e) Protección de datos.
- f) Protección de la privacidad.

1.3.2 ACCIONES DESARROLLADAS EN EL SALVADOR EN RELACIÓN AL COMERCIO ELECTRÓNICO

El objetivo general de la estrategia nacional de comercio electrónico procura la creación de una puerta de acceso en Internet que sirva a los pequeños y medianos empresarios cuando y donde necesiten ayuda para mejorar sus actividades comerciales tanto nacionales pero principalmente con el resto del mundo aprovechando los cerca de 2 millones de salvadoreños que residen en los Estados Unidos y principalmente en el Estado de California el cual ha sido identificado como el “Departamento 15” siendo considerado éste un sector productivo donde reside el futuro desarrollo de sus transacciones comerciales.

Es en este sentido que El Salvador está desarrollando tres actividades que están fortaleciendo la estrategia formulada, las cuales son:

- a) El desarrollo de infocentros.
- b) Sistema integrado de comercio exterior.
- c) Anteproyecto de ley de comercio electrónico.

El primero consiste en la implementación a nivel nacional de al menos 100 Infocentros, concebidos como centros de cómputo particulares que están equipados cada uno con 20 computadoras personales conectadas a Internet, creados con el objeto de propiciar el acceso generalizado a la tecnología de información e Internet a la población

en general y fundamentalmente a la de menos recursos económicos, quienes difícilmente podrían contar con acceso a una computadora y a Internet en sus casas, centros de estudio o de labores.

El segundo es un sistema basado en tecnología Internet del tipo transaccional con enlace entre los usuarios y el Centro de Trámites de Exportaciones del Banco Central de Reserva de El Salvador, permitiendo agilizar los trámites en línea, facilitando la utilización de directorios para información general y directorios privados que permiten al usuario previa autorización la consulta de sus operaciones .

El tercero es una actividad a iniciativa del sector privado y el sector publico que ha venido trabajando en la formulación, discusión y búsqueda de consenso y presentación ante los legisladores y juristas del **Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico**, la cual se vera seguida por la elaboración de reglamentos y normativas mas especificas en el tema del Comercio Electrónico.

Es importante tener en cuenta que para todo Proyecto de Comercio Electrónico que se desee implementar en El Salvador es necesario además de contar con una estrategia, diseñar el servicio/producto, implementarlo, financiarlo, ponerlo en marcha y darle seguimiento para evaluar el grado de cumplimiento de nuestras expectativas a corto y mediano plazo.

CAPÍTULO DOS

“Comercio Electrónico y Contratación Electrónica”

2.1 EL COMERCIO ELECTRÓNICO

2.1.1 DEFINICIÓN

El proporcionar una definición que reúna todos los elementos básicos vinculados al comercio electrónico, resulta en un primer momento una tarea difícil, razón por la cual se vuelve necesario presentar una serie de definiciones, para tomar los elementos básicos de ellas y señalar la que certeramente se refiera al término en mención.

Cabe advertir que tal definición para ser precisa, debe comprender tanto las determinaciones técnicas como su aplicación jurídica, debiendo incorporar al menos los siguientes elementos:

- a. Que las transacciones recaigan sobre bienes y servicios que se encuentren contemplados dentro del comercio tradicional;
- b. Que tales transacciones sean realizadas por medios electrónicos en forma total o parcial;
- c. Que las actividades persigan un fin de lucro y;
- d. Finalmente que las partes que intervienen en la actividad sean consideradas como ausentes.

En tal sentido se puede decir que:

1. **Comercio Electrónico** es la aplicación de la avanzada tecnología de información para incrementar la eficacia de las relaciones corporativas entre socios comerciales, a través de una visión empresarial de vanguardia que se apoya en esa tecnología para mejorar la eficiencia y eficacia del proceso

comercial, reforzando en consecuencia el comercio tradicional de bienes y servicios²¹.

2. El **Comercio Electrónico** se define como el uso de la tecnología de información para efectuar los acoplamientos entre las funciones proporcionadas por los participantes en el comercio²².
3. El **Comercio Electrónico** es una manera de hacer negocios vendiendo o comprando productos, información y servicios utilizando el medio de más rápido crecimiento en la historia, el Internet²³.
4. La Ley 527 de Colombia de fecha 18 de agosto de 1999, en su art. 2 literal b) señala que el **Comercio Electrónico** es aquella actividad que abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar.
5. El libro *Secretos del Comercio Electrónico: Una guía para pequeños y medianos exportadores*²⁴ señala que se trata de la distribución, mercadeo, venta o suministro de bienes y servicios por medios electrónicos.

²¹ Ver en Internet www.mailweb.udlap.mx/~tesis/lis/zuniga_va/index.html. ZUÑIGA, Victor. "Comercio Electrónico, Estado Actual, Perspectivas y Servicios". Tesis para optar al grado de Ingeniería en Sistemas Computacionales. Universidad de las Américas. México. 1999.

²² Ver en Internet www.mailweb.udlap.mx/~IS104418/referencias.html

²³ *Idem.*

²⁴ Documento elaborado por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC (CCI), del Banco Central de Reserva de El Salvador y la Corporación de Exportadores de El Salvador 2001. El Salvador. 2001. página 5.

6. La Organización Mundial del Comercio (OMC), define al Comercio Electrónico como *“la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: el teléfono, el telefax, la televisión, los pagos electrónicos, la transferencia electrónica de fondos, el Intercambio Electrónicos de datos e Internet.*

Con base a lo anterior, el grupo investigador entenderá por **Comercio Electrónico** lo siguiente *“Toda actividad de índole comercial de carácter lícito, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de medios electrónicos de cualquier clase que se traten”*, deja esta definición de contemplar comercio electrónico como una tecnología, observándose más bien como el uso de la tecnología para mejorar la forma de llevar a cabo las actividades comerciales.

2.1.2 CARACTERÍSTICAS

La mayor parte de autores ha delimitado las características del comercio electrónico atendiendo a la importancia que le otorgan a las operaciones realizadas digitalmente, estas características son²⁵:

a. Naturaleza comercial:

Naturaleza que viene dada, por un lado, en virtud de las personas que lo realizan (elemento subjetivo), y por otro lado, por el acto en sí mismo (elemento objetivo), siendo éste un acto propiamente comercial, entendiendo por dicho término, tal y como lo estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas

²⁵ Ver en Internet www.derecho.org/redi. PALAZZI Pablo *Et. Al.* “Comercio Electrónico y Mercosur”

en el concepto incorporado a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico²⁶, lo siguiente:

“...Abarca 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 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”.

b. Se trata de transacciones de bienes y/o servicios:

El objeto del comercio electrónico es precisamente el intercambio de bienes y servicios sean estos informáticos o no.

c. Las Operaciones son realizadas vía electrónica o digital:

²⁶ Ver en Internet www.un.org.at/uncitral Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 16 de Diciembre de 1996 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico dicha ley fue aprobada por la Comisión en su 29º período de sesiones después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas.

Esta es al parecer la característica fundamental, porque este tipo de comercio tiene su base en la utilización de medios electrónicos o telemáticos, los cuales pueden ser definidos de manera simple como: *“Métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan soporte papel”*.

Aunque no se puede limitar la utilización del concepto en mención a Internet, es definitivamente la llegada de la “red” la que marca la importancia y desarrollo de este tipo de comercio, los demás medios electrónicos (EDI, EFT) a través de los cuales se desarrolla la actividad comercial electrónica, no proporcionan la facilidad que el mundo virtual de Internet ofrece, sin embargo, ningún estudio o regulación del comercio electrónico debe obviar la utilización de éstos, pues también muchas operaciones comerciales se realizan de esta manera, y han facilitado en gran medida la evolución del comercio electrónico en la sociedad.

d. Prescinde del lugar donde se encuentran las partes:

La utilización de medios electrónicos y digitales en las comunicaciones con fines comerciales, se realiza con sujetos en lugares distintos, tanto a nivel nacional como internacional. El comercio electrónico no pudo desarrollar su potencial sino hasta la revolución digital que facilitó la expansión de los negocios, el rompimiento de fronteras geográficas y la introducción de nuevos mercados en lugares remotos a aquellos en los que se encuentran situados físicamente el ofertante del bien o servicio y el comprador de los mismos, por lo que se está en presencia de una actividad en la que las fronteras y localización geográfica de las partes intervinientes no ofrecen limitante alguna a su desarrollo.

e. Es una actividad realizada en tiempo real:

Analizando técnicamente el término *Tiempo Real*²⁷ se puede decir que se trata de: “*El procesamiento inmediato de las entradas, como una transacción de punto de ventas o una mediación realizada por un dispositivo analógico de laboratorio*”. Es una característica fundamental de este tipo de comercio, íntimamente relacionada con la anterior, ya que es mediante estos medios que pueden ser realizadas las transacciones en tiempo real.

f. Es una transacción interactiva, no física ni directa:

Para poder entender esta característica, debe decirse que las transacciones comerciales se pueden englobar en dos categorías:

- a) Cara a Cara: ocurre en un local comercial, donde el cliente prueba, revisa y selecciona el artículo deseado.
- b) No físicas o no directas, que a su vez pueden ser de dos clases:
 - 1.b Por correo, teléfono, fax, televisión, radio, o medios análogos, por el cual el cliente escoge el producto o servicio.
 - 2.b Por medios electrónicos.

El comercio electrónico es una transacción no física o no directa, puesto que no implica la presencia física de las partes, ya que se realiza mediante una transmisión electrónica o telemática de fondos, datos informatizados u otros servicios de valor añadido, a través de medios electrónicos, tales como EDI, EFT e Internet.

²⁷ **PFAFFENBERGER**, Bryan. “Diccionario de Términos de Computación”. Editorial Prentice Hall. México 1999. páginas 438 – 439.

g. Es una actividad que no requiere de la existencia de registros en papel:

Dependiendo del sistema que se utilice, el soporte en papel no existirá. Es obvio que en actividades desarrolladas por ejemplo a través de fax, se cuenta con la prueba impresa de que se envió un documento o solicitud y la recepción de la misma, por lo que al menos en este caso esta característica no aplicaría.

Actualmente se desarrolla un período en el que los contratos digitales reemplazan a los contratos en papel, y una vez digitalizada la información objeto de la transacción o de la actividad que se esté desarrollando, ésta puede ser reproducida ilimitadamente y enviada simultáneamente a grandes distancias y diferentes destinatarios, contando claro está con sistemas de protección que garanticen su legalidad y conformidad.

h. En casos específico el bien o servicio adquirido no pasa por aduanas

Esta característica no se generaliza a todo el comercio electrónico, puesto que se aplica fundamentalmente al tipo conocido como directo, del que más adelante se hará mención, en el que las etapas de oferta, solicitud, pago y préstamo o entrega del bien o servicio requerido se realiza por medios electrónicos, y para el caso fundamentalmente por Internet llevándose a cabo la actividad en el ciberespacio.

i. Se reduce la intervención de intermediarios en la actividad comercial

En este tipo de actividad los sujetos oferentes de bienes o servicios, pueden excluir dentro de sus planes de acción la utilización de los intermediarios que anteriormente eran necesarios por ejemplo para la distribución del producto, dando la oportunidad a los sujetos de ofrecer directamente al consumidor sus

bienes o servicios, claro está con la intervención de sujetos que faciliten tal actividad y aseguren su legalidad.

j. Compresión del ciclo transaccional

La distancia entre las partes, no influye en la velocidad en la cual las comunicaciones son enviadas y recibidas. Se crea un entorno en que el tiempo se reduce drásticamente y el comercio encuentra un nuevo espacio para expandirse, permitiendo realizar por igual una transacción entre sujetos de un mismo país o bien entre individuos que se encuentran en distintas regiones mundiales.

2.1.3 NATURALEZA

Habiendo sido establecidas la definición y características del Comercio Electrónico, válido es señalar que la naturaleza de esta institución es la de ser ***una transacción comercial*** y por ende, se trata de *“relaciones jurídicas por medios electrónicos”*, que comprenden:

1. Relaciones de ***Derecho Público***, vínculos entre Estados, o entre particulares y el sector público, realizados por medios digitales.
2. Relaciones de ***Derecho Privado*** que se realizan de forma interactiva, mediante medios electrónicos, a través de la red y en tiempo real a) entre empresas (business to business), lo que comprende todo tipo de actividad interempresaria; b) entre empresas y consumidores (business to consumer) y; c) entre particulares (consumer to consumer).

Esta naturaleza comercial viene dada en dos sentidos, el primero de ellos toma en cuenta el carácter con que intervienen las personas que lo realizan, señalando que

quienes llevan a cabo este tipo de actividad se encuentran inmersos en la categoría de comerciantes, entendiendo por estos tal y como lo señala el Código de Comercio de El Salvador en su artículo 2 lo siguiente²⁸:

“Art. 2 Son Comerciantes:

- I. Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales.*
- II. Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales.....”*

Por otro lado, el carácter comercial estaría dado por el acto en sí mismo siendo éste acto de aquellos considerados propiamente comerciales, debiendo entenderse como acto de comercio según lo que señala el Código de Comercio de El Salvador en su artículo 3 lo siguiente²⁹:

“Son actos de comercio:

- I. Los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas.*
- II. Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.*

Además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores.”

2.1.4 OBJETO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El objeto es precisamente el intercambio de bienes y servicios sean estos

²⁸ “Recopilación de Leyes en Materia Mercantil”. Ediciones Lis. 13ª Edición. 2001. página 3 (De aquí en adelante al hacer referencia a la presente normativa, deberá considerarse que se trata de la Edición aquí señalada).

²⁹ *Idem.*

informáticos o no, actividad desarrollada a través de medios telemáticos, electrónicos o análogos.

2.1.5 SUJETOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Estos sujetos pueden ser en primer lugar *públicos o privados*, ya sea si la comunicación se produce entre particulares o entre organismos pertenecientes al denominado sector público.

En el sector privado cabe distinguir dos tipos de sujetos *particulares y empresas*, tanto unos como otras, y cada cual según sus necesidades, hacen uso del comercio electrónico.

Sin embargo, mientras que los particulares tienen una relación puramente *adquisitiva* (aunque en ocasiones también ofrezcan bienes y/o servicios) dentro del sistema, las segundas ejercen una función de la que podría decirse que se *extiende en el tiempo*, esta extensión temporal se manifiesta en una serie de fases, que son:

1. Publicitando los bienes o servicios.
2. Gestionando el intercambio con el comprador.
3. Perfeccionando la transacción con la *traditio* de lo adquirido.

2.1.6 CLASIFICACIÓN

Determinados los sujetos actores del Comercio Electrónico (Empresa, Consumidor y Administración Pública), sería interesante distinguir entre las diversas posibilidades que tienen de relacionarse entre ellos. Actualmente el Comercio

Electrónico presenta múltiples categorías, pero para fines didácticos resulta conveniente englobarlas todas en dos grupos fundamentales, estos son:

- a. Clasificación del Comercio Electrónico en virtud de la forma en que surgen las *relaciones* al interior de éste.
- b. Clasificación del Comercio Electrónico en virtud de los *agentes* implicados en tales relaciones.

2.1.6.1 POR LA FORMA DE RELACIONARSE:

Esta modalidad se divide a su vez en dos subcategorías:

- a. El Comercio Electrónico *Indirecto* y
- b. El Comercio Electrónico *Directo*.

Respecto del *Comercio Electrónico Indirecto* se puede decir, que es aquel en el que la transacción, no es realizada en todas sus fases a través de medios electrónicos, consiste entonces en la adquisición de bienes que luego de solicitados serán enviados al domicilio del requirente, es decir, implica la utilización de la información que se necesita para el comercio de bienes físicos, y estos últimos son remitidos según los sistemas tradicionales de transporte.

Por otro lado, el *Comercio Electrónico Directo*, es aquel en el cual las transacciones son realizadas netamente a través de medios electrónicos o telemáticos, actividad realizada de tal manera en cada una de las etapas o fases de la transacción, por lo que desde el pedido del bien o servicio hasta el pago y envío del mismo son realizados haciendo uso de tales medios.

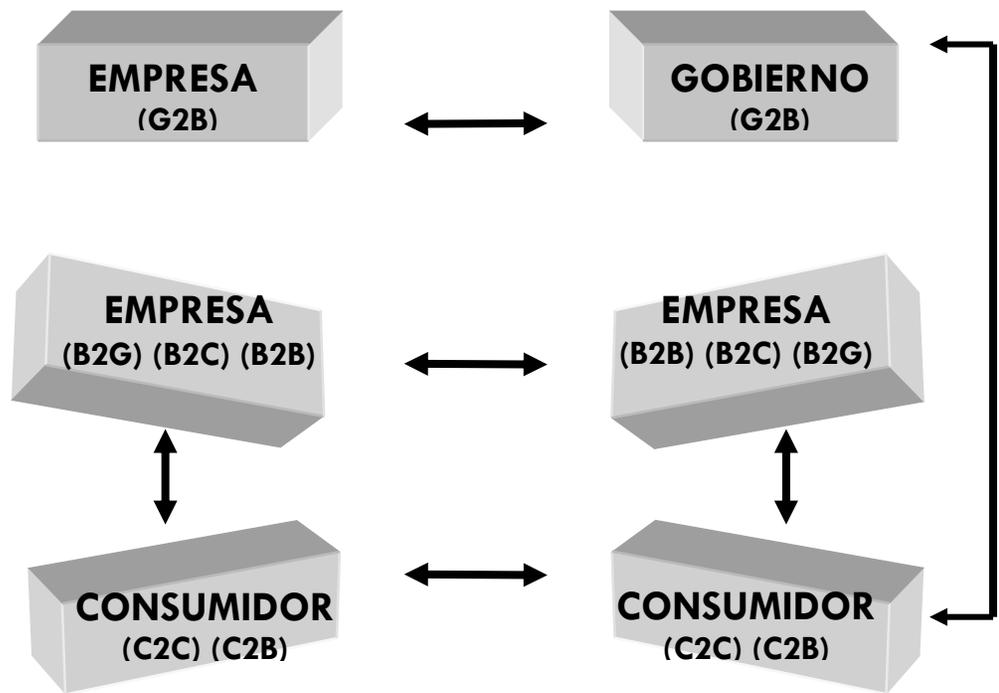
En este tipo de comercio, concurren distintas formas de canalizar dicha información, como ya se vio, respecto de las transacciones comerciales no físicas (correo, teléfono, fax, televisión, radio, medios análogos, medios electrónicos), sin embargo, la forma más globalizada es sin lugar a dudas la Internet, mediante todas las herramientas que ofrece, lo que ha traído consigo la dación de nuevos principios en materia de negociaciones.

2.1.6.2 SEGÚN LOS AGENTES IMPLICADOS:

Existe otra clasificación de Comercio Electrónico, basada en los *agentes implicados*, sin importar el tipo de transacción realizada (sean bienes o servicios los que se comercian). En virtud de esta clasificación se puede agrupar al Comercio Electrónico en cinco categorías:

- a. Comercio Electrónico Empresa – Empresa (B2B).
- b. Comercio Electrónico Empresa – Consumidor (B2C).
- c. Comercio Electrónico Empresa – Administración (B2G).
- d. Comercio Electrónico Consumidor – Consumidor (C2C).
- e. Comercio Electrónico Consumidor – Administración (C2G).

La Primera categoría *Comercio Electrónico Empresa – Empresa (B2C)* tiene como agentes a empresas y la vinculación entre ellas. Es importante resaltar que al referirse a Empresas, se está hablando de ésta como la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o prestación de servicios, haciendo referencia tanto al Comerciante Individual, como al Comerciante Social, y a efecto



puede decirse, que el Código de Comercio de El Salvador³⁰ establece en su Art. 553 que por Empresa Mercantil deberá entenderse:

“Art. 553.- La Empresa Mercantil está constituida por un conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, con objeto de ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemáticas, bienes o servicios”

Existe respecto a las empresas que se interrelacionan entre sí, mediante el uso del Comercio Electrónico, una relación horizontal debido a que ambas se encuentran dentro de la cadena de distribución y cuentan por ello con una equiparable capacidad de negociación respecto de las transacciones electrónicas que realicen.

³⁰ *Op. Cit.* pp. 36

La Segunda categoría **Comercio Electrónico Empresa - Consumidor (B2C)** se suele igualar a la venta electrónica, la cual hoy en día se ha expandido con la llegada de Internet.

Respecto al Consumidor deberá entenderse por éste según lo que dispone la Ley de Protección al Consumidor de El Salvador³¹ en su artículo 6 literal a) lo siguiente: “*Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice, disfrute o reciba bienes o servicios de cualquier naturaleza, resultado de una transacción comercial...*”

En esta categoría la relación es vertical, puesto que el consumidor o cliente final en la cadena de distribución se encuentra en desventaja respecto a la negociación. Esto se debe a que el costo de acceder a la información es mayor para el consumidor, además de encontrarse limitado, ya que se trata de **Contratos de Adhesión**, cuyas cláusulas ya han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el usuario o consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido, según lo que dispone para tal efecto la Ley de Protección al Consumidor en su artículo 6 literal f), eliminándose la capacidad de negociación que este tipo de Comercio Electrónico contiene.

El atributo principal de esta categoría es el facilitar el ciclo de compra y contribuir a abrir el mercado.

La Tercera categoría es **Comercio Electrónico Empresa – Administración**

³¹ “Ley de Protección al Consumidor”. Ediciones Ministerio de Economía. Dirección General de Protección al Consumidor. El Salvador. 2000; (De aquí en adelante al hacer mención a la presente normativa, deberá tomarse como tal la Edición aquí señalada).

(B2G), entendiendo el término de Administración como Administración Pública. En esta categoría la relación es horizontal ya que tanto la Empresa como la Administración Pública se encuentran en un nivel similar de negociación respecto de las transacciones que realicen.

Puede advertirse que esta categoría cubre todas las transacciones entre las Empresas y el Gobierno, es decir, en ella se recoge la vinculación de las empresas ya anteriormente definidas con el Aparato Estatal, conformado en el caso salvadoreño, tanto por los tres Órganos: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, constituido este último por el Gobierno Central, los Gobiernos Locales y los Ministerios.

Esta categoría puede crecer rápidamente, si los Gobiernos la utilizan para realizar operaciones que promuevan el crecimiento del Comercio Electrónico.

La Cuarta categoría es la referida a *Comercio Electrónico Consumidor – Consumidor (C2C)*, ésta permite el intercambio de bienes y servicios entre consumidores, existiendo entre ellos una relación horizontal, asumiéndose que al ser ambas partes consumidores se encuentran en el mismo nivel de información, eliminándose la asimetría de la información, por lo que al estar en igualdad de condiciones no se necesita proteger a una parte respecto a la otra.

Esta categoría, llama la atención ya que se refiere al intercambio de bienes entre consumidores, pero se advierte, que si uno de los consumidores para la presente categoría desempeña el papel de vendedor estaría perdiendo su condición de tal, con lo

cual no se estaría frente a lo que por definición se entiende por consumidor debido a que no sería quien adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, productos o servicios.

Sin embargo, a pesar de ser cierta la disquisición antes señalada, se ha adoptado mundialmente esta clasificación, y se ha utilizado el término consumidor en contraposición al término empresa, pues lo que se busca, es marcar la diferencia entre la persona natural o jurídica que se dedica al comercio de bienes y servicios, y por lo tanto, su giro comercial esta dado por el intercambio o prestación de los mismos los cuales no están destinados a su consumo, de la persona natural o jurídica que adquiere productos o servicios para su uso o disfrute como destinatario final, y que si bien decide vender algún producto o servicio, no es una persona habitual en la venta de éstos, pues su adquisición responde a la exigencia de satisfacer necesidades y no a la de realizar actividad empresarial.

Entre las principales características que pueden ser destacadas respecto a esta categoría, se tienen:

- a) Permite las transacciones directas entre personas naturales contribuyendo a desarrollar un mercado libre.
- b) Reduce los costos debido a la utilización de tecnología accesible a particulares.

La Quinta y última categoría ***Comercio Electrónico Consumidor – Administración (C2G)***, los consumidores en su papel de administrados, también pueden relacionarse con las administraciones públicas en el ámbito impositivo, gestionando el pago de impuestos o prestaciones a través de la red. Ciertamente, que no se trata de un

intercambio adquisitivo en sentido estricto, sin embargo, no deja de ser una manifestación más de la posibilidad que ofrece la sociedad de la información.

Es por esta razón, que los Estados deben dar suma importancia al desarrollo de esta categoría, ya que se estaría generando mediante la vinculación directa de la Administración con el Consumidor, un medio de acceso a la información de forma simple, interactiva, dinámica y agradable, otorgándoles a los Consumidores las herramientas necesarias para acceder a este tipo de transacciones.

2.1.7 PRINCIPIOS

a. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas³², la Libertad de Expresión no es más que: *“La facultad humana de dirigir el pensamiento o la conducta según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del prójimo o del mundo exterior”*.

En el caso del Comercio Electrónico, este principio opera en un amplio nivel, porque la contratación no se encuentra delimitada casi en ningún aspecto, así en la red se puede contratar con un sin fin de objetos y servicios procedentes de la aplicación de este principio, salvo las excepciones que han surgido a consecuencia de determinadas conductas, tales como la prostitución infantil y las cuestiones relativas al terrorismo.

b. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE COMERCIO

³² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. 12ª Edición. Editorial Heliasta. 1997

Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas³³, en economía política, la doctrina y sistema que defiende la libertad de comercio, particularmente en la esfera internacional, es aquella en donde “*la intervención de los Estados no debe dejarse sentir en las libres transacciones entre compradores y vendedores o permutantes*”.

La prestación de estos servicios se realiza en libre competencia, sin que quepa establecer restricciones para los servicios de la sociedad de la información. La prestación de servicios de la sociedad de la información, no debe estar sujeta a autorización previa, esta afirmación implica que las transacciones que se realicen mediante vía digital no tendrán limitaciones salvo las prohibiciones penales y civiles que se establecen en El Salvador con respecto a los objetos que no están contemplados dentro del comercio.

c. PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN DEL MEDIO DIGITAL

La aplicación de este principio tiene su derivación del Principio de Igualdad, el cual en su sentido estricto otorga los mismos derechos en las mismas situaciones a determinados sujetos de derecho ante la ley, en el caso del Comercio Electrónico, la no discriminación se entiende en dos sentidos:

1. La capacidad que tiene cualquier persona para acceder a Internet y también para comerciar electrónicamente, para que lo haga sin ninguna barrera más que las impuestas por el libre comercio.
2. La relevancia que deben adquirir las contrataciones electrónicas, tanto en los mercados locales como en los internacionales, todo en miras a su crecimiento y desarrollo.

³³ CABANELLAS *Op. Cit.* pp 44.

d. PRINCIPIO PROTECTORIO:

Este principio establece la necesidad de que el Comercio Electrónico sea “*protegido por una normativa jurídica eficaz, contra los posibles inconvenientes que se generen de la utilización de los medios electrónicos para comerciar, respetando así los derechos de los usuarios contra terceros y contra ellos mismos*”. En el caso de El Salvador la aplicación de este principio es inexistente, al carecer la legislación de una normativa específica que proteja a los usuarios del Comercio Electrónico.

e. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE PRIVACIDAD

Este principio es una ramificación del principio protector, en el sentido de que en el Comercio Electrónico los usuarios se ven en la necesidad para ser partícipes de éste, de proporcionar datos personales los cuales necesitan ser protegidos, y de no establecerse la protección debida y necesaria podría ocasionar menoscabos en el patrimonio de los usuarios.

f. LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y DE AUTODETERMINACIÓN

Estos principios establecen directrices para el Comercio Electrónico, ya que permite a los usuarios establecer el medio para poder informarse de la situación de lo que desean contratar, en el sentido de saber las características del bien o servicio a adquirir y así también ser ellos, quienes establezcan bajo que condiciones desean contratar, siempre que no lesionen las normativas locales ya establecidas en materia de Contratación Electrónica o que no renuncien a derechos que sus mismos ordenamientos jurídicos les han otorgado.

g. PRINCIPIO DEL SOPORTE VIRTUAL

Este principio, sino es el más importante, es uno de los que mayor relevancia tiene en el Comercio Electrónico, pues a través de este se plasma la idea de que toda la documentación de las transacciones se llevará a cabo mediante el llamado *Soporte Virtual*, en otras palabras, este principio es de los pilares de las contrataciones por medios electrónicos, también consecuencia de este principio se deja de usar el papel como medio para documentar las transacciones comerciales, avanzando así a los que se llama Contratación Virtual.

2.1.8 DIFERENCIA ENTRE COMERCIO ELECTRÓNICO TRADICIONAL Y COMERCIO ELECTRÓNICO POR INTERNET

Habiendo sido establecida la definición del término Comercio Electrónico, se vuelve necesaria la diferenciación del mismo atendiendo a los diversos aspectos y medios que permiten su perfeccionamiento, distinción que se presenta de la siguiente manera:

Comercio Electrónico Tradicional	Comercio Electrónico en Internet
Se realiza únicamente entre empresas	Se desempeña en las diversas modalidades que ya fueron presentadas con anterioridad (B2C, B2B, B2G, G2C y C2C).
El mercado de este es un círculo cerrado, puesto que se utilizan las redes como medios de transmisión de datos en un determinado mercado.	El mercado en que se desarrolla es un mercado mundial abierto, a través de la red Internet, como nuevo paradigma en el que las redes no son solo meras transportadoras de datos, sino que, en realidad, son el mercado.
Se observa la presencia de una número	Existe un número ilimitado de participantes

limitado de intervinientes empresariales.	por la internacionalización de la actividad.
Se realiza a través de redes cerradas (EDI, Transacciones o Acuerdos vía e-mail, Tarjetas Inteligentes, venta por catálogo en CD – ROM e Intranet)	Se realiza libremente a través de redes abiertas (EFT, Suministro en línea de contenidos digitales, subastas, Contratación Pública, Telecompras, Catálogos en CD – ROM con conexión a Internet, Infomerciales con mecanismos de respuesta a través de la red, entre otros).
Todos los participantes se conocen lo que permite que exista mutua confianza.	Coexisten en éste tipo de actividad participantes conocidos y desconocidos.
La seguridad es un elemento fundamental del diseño de la red.	Existe la necesidad de asegurar y autenticar los medios tecnológicos.

2.2 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

2.2.1 DEFINICIÓN:

Como se ha visto al desarrollar el contenido respectivo a la figura comercio electrónico, existe un número creciente de transacciones comerciales nacionales e internacionales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, y como resultado de los cambios que estas transacciones han generado, se ha desarrollado la *Contratación Electrónica*, a la cual diversos autores han tratado de definir de la siguiente manera:

“La contratación realizada mediante la utilización de elementos electrónicos que tienen incidencia en la formación de la voluntad, el desarrollo y la interpretación futura de algún acuerdo³⁴”.

“Aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo³⁵”.

“Todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, concretados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio³⁶”.

³⁴ **PATRONI** Vizquerra, Ursula. *Contratación Electrónica y acuse de recibo* Ver en Internet www.mailweb.udlap.mx/contelect.html

³⁵ **DAVARA** Rodríguez, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*. Ediciones Aranzandi. España. 1997. página 165.

³⁶ *Idem.*

Tomando como base las definiciones anteriores, en síntesis, puede decirse que *Contratación Electrónica* es: ***“El acuerdo de voluntades en el que las partes se comprometen a realizar una obligación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa, caracterizado porque las declaraciones de voluntad que prestan los sujetos intervinientes se manifiestan a través de medios electrónicos”***.

Es importante diferenciar la contratación electrónica, materia del presente estudio, de la contratación “clásica”, diferencia fundada en el medio a través del cual se da la comunicación entre las partes, puesto que en la contratación clásica el contacto entre los sujetos es directo, permitiéndoles ponerse de acuerdo sobre los elementos y aspectos básicos del contrato, mientras que, el contrato electrónico se realiza entre partes ausentes y es así por la percepción lógica de la naturaleza, en la cual aunque exista una comunicación inmediata con capacidad de transmitir la voz o la imagen, jamás se estará en presencia física o corpórea de los sujetos intervinientes, en las cuales deberán prevalecer las reglas establecidas para los contratos realizados a distancia, de la que se hará referencia más adelante.

Cabe señalar además que este tipo de contratación dista de la *Contratación Informática*, en cuanto que el objeto o materia de prestación de esta relación será siempre un bien informático, servicio informático, o ambos.

2.2.2 CARACTERÍSTICAS:

Este tipo de contratación, la cual como ya se ha señalado, se realiza a través de medios electrónicos, tiene como características principales las siguientes:

- a) No existe una presencia física de las partes, ya que se trata de contratos celebrados entre ausentes en tiempo real.
- b) Por la naturaleza misma de la transacción, el consentimiento expresado por las partes intervinientes es prestado a través de medios electrónicos.
- c) Se puede llevar a cabo a gran escala, es decir, los contratantes pueden ser simultáneamente varias personas, (se puede realizar entre una gran cantidad de socios o clientes) sean estas naturales o jurídicas, reduciendo el costo de contratación en gran medida.
- d) Las relaciones que surgen pueden realizarse en cualquiera de las categorías del Comercio Electrónico Directo o Indirecto y/o según los agentes implicados.
- e) Esta clase de actividad comercial deriva muchas veces en relaciones transfronterizas, por lo que la Contratación Electrónica es en la mayoría de casos una contratación que trasciende las fronteras, cuyas relaciones jurídicas generadas, deberán en todo caso, ser reguladas por las normas del Derecho Internacional Privado.

2.2.3 PRINCIPIOS

Los principios que orientan y dan vida a este tipo de Contratación son los siguientes:

A. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS ELECTRÓNICOS FRENTE A LOS AUTÓGRAFOS O MANUALES:

Pretende equiparar los efectos y consecuencias de las nuevas tecnologías con las instituciones jurídicas actuales. Los requisitos legales, que señalan la utilización en la documentación tradicional en soporte papel, constituyen uno de los principales obstáculos para el desarrollo de la contratación electrónica y la aplicación de las nuevas tecnologías.

Este principio se basa en el 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. En virtud de este principio no se debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico, que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

B. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO:

Se busca con este principio evitar favorecer un tipo de tecnología específico, es decir, procurar un trato igualitario tanto a las tecnologías existentes como a las que a futuro se puedan desarrollar.

Esta neutralidad permite que los estándares no sean impuestos por una ley, sino que por el contrario, sean fruto de la oferta y la demanda de los mismos, es decir fruto del mercado, puesto que si un cuerpo normativo favorece un tipo de tecnología por sobre otras, lo que va a conseguir es quedar desfasado, pues si se observa la rapidez con que evoluciona la tecnología, se tendría un cuerpo normativo en muy poco tiempo obsoleto e inservible.

C. PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS:

Lo que se busca mediante este principio, es que la incorporación de nuevas tecnologías a la legislación nacional, no importe el modificar leyes existentes sobre obligaciones y contratos. Si las nuevas tecnologías son reguladas, la naturaleza de esta regulación daría una ley especial, la cual sería de aplicación para las transacciones vía comercio electrónico, sin la necesidad de modificar la teoría contractual y obligacional vigente y legislada.

D. PRINCIPIO DE EXIGENCIA DE BUENA FE:

Este principio resulta básico, en la medida que al tratarse de transacciones no físicas ni directas realizadas a través de medios electrónicos, (considerados por muchos como un medio nuevo, poco seguro y de complejidad técnica de uso) integra la voluntad para complementarla, aclararla o corregirla.

La buena fe constituye uno de los fundamentos del régimen jurídico, aplicable al intercambio nacional e internacional de bienes y servicios³⁷. El que tal intercambio se haya convenido verbal, manual o electrónicamente, no es relevante en cuanto a la observancia necesaria de la buena fe.

2.2.4 CLASES DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Actualmente, así como subsisten los contratos tradicionales representativos del comercio electrónico (EDI; Venta por Infomercial, Catálogo por CD-ROM, entre otros),

³⁷ **ILLESCAS** Ortiz, Rafael. Derecho de la Contratación Electrónica. Editorial Civitas. España. 2001. páginas 55-62.

puede hablarse de una serie de contratos que resultan relevantes para mostrar el impacto de Internet en materia comercial.

Esta explosión de contratos electrónicos actual obedece al “boom” del comercio electrónico entre empresas y de estas al consumidor y se adaptan con facilidad al medio electrónico, presentando ventajas competitivas para sus usuarios. Así mismo, la creación de nuevos mercados electrónicos permitirá que las relaciones contractuales en este medio tiendan a convertirse en lo cotidiano de cualquier consumidor o empresario.

Siguiendo entonces una clasificación presentada con sencillez en el marco del Foro de Comercio Electrónico - La Vía, auspiciado por el Foro de Alta Tecnología,³⁸ se encuentran los siguientes tipos de contratos más comunes en Internet:³⁹

2.2.4.1 CONTRATOS DE COMPRAVENTA.

Son el género de muchos contratos, en la medida que no sean de mandato, representación o intermediación, o simplemente de publicidad. La compraventa es sin duda el armazón o esqueleto básico de muchas transacciones comerciales donde un consumidor paga un precio a un vendedor que a cambio le proporciona bienes. La noción es la misma si se adquieren servicios.

La venta electrónica comparte algunos elementos con las transacciones

³⁸ MICHELSEN, Sergio - Brigard Urrutia Abogados. *Contratos electrónicos*. Ponencia presentada en Foro de Comercio Electrónico - La Vía. Corferias, octubre de 1999.

³⁹ Estos contratos tienen la característica de que pueden ser perfectamente creados, suscritos, perfeccionados y ejecutados desde la plataforma tecnológica de Internet o cualquier otro medio que emita mensajes de datos. Algunos son propios de las operaciones de comercio electrónico, otros son derivados, accesorios o presupuestos para las actividades comerciales electrónicas.

tradicionales, mientras que otros elementos son completamente diferentes; las diferentes etapas de un proceso de venta electrónico son, por lo general, las siguientes:

- a) *Servicio pre – venta.*
- b) *Proceso de selección/pedido.*
- c) *Procesamiento del pago.*
- d) *Recepción de datos de pago.*
- e) *Entrega.*
- f) *Servicios post – venta.*

Son condiciones de validez de las ofertas en el Sistema de Ventas en Internet, según la doctrina internacional, las siguientes:

1. *La identidad del proveedor*, que ha de entenderse en forma amplia no sólo en relación con sus signos distintivos (nombres y apellidos del proveedor, en caso de ser una persona natural o la denominación social para las personas jurídicas), sino que se debe incluir, además, la especificación de su ubicación física, situación por demás importante en el caso de que se trate de un establecimiento netamente virtual que carezca de sede física.
2. *Las características especiales de los productos*, diferenciando de forma clara y precisa cada uno de los productos ofertados así como sus funciones y especificaciones a objeto de lograr una mayor precisión.
3. *El precio*, debe ser determinado en forma clara o en caso contrario, establecer de manera precisa e inequívoca los criterios para su determinación, en todo caso, no olvidando que siempre es necesaria la existencia de un precio cierto que debe existir en el momento de la emisión de la aceptación del contrato por parte del comprador.

4. *Los gastos de envío y transporte*, debidamente separados del precio. En Internet es recomendable ofrecer distintas opciones a los clientes y a distintos precios, siendo estos los que finalmente seleccionan la opción que más se adapta a sus necesidades sobre la base de la distancia, el costo y la rapidez en la recepción del producto.
5. *Forma de pago*, Se deben determinar con claridad las modalidades de pago, y en su caso, las condiciones de crédito, admitidas por el vendedor (dinero efectivo electrónico, tarjetas electrónicas en sus diversas modalidades, cheques electrónicos, cartas de crédito, transferencias bancarias, etc.).
6. *Modalidades de entrega*, en el comercio electrónico en Internet la modalidad de entrega puede ser en forma instantánea, si se trata de un software o un producto de contenido digital, o a través del envío de la mercancía si se trata de un objeto físico. Esta circunstancia debe estar contenida en forma específica en la oferta del producto, ya que el mismo software o producto de contenido digital pueden ser entregados mediante el envío de la mercancía, siendo importante que esta situación se determine en forma clara con el objeto de evitar posteriores reclamos de los clientes.
7. *Plazo de validez de la oferta*, la ley no indica en forma expresa el tiempo que debe permanecer abierta la oferta, no obstante esta situación, se considera que la oferta debe permanecer abierta durante un período de tiempo razonable dependiendo de las circunstancias, del tipo de transacción o del deseo del oferente de obtener una respuesta con rapidez. El problema en Internet con la validez de la oferta está directamente relacionado con la actualización constante de las páginas web donde se pueden añadir o suprimir elementos que el comprador consideró esenciales en el momento de manifestar su aceptación

y que luego no se encuentran vigentes en el momento de la ejecución del contrato. En razón de ello, hay quienes recomiendan vincular el plazo de validez de la oferta hasta el tiempo que la página web permanezca sin modificar de manera que no se podrán cursar pedidos que se acojan a condiciones de ofertas anteriores.

8. *Plazo de ejecución del pedido*, en las ventas celebradas en Internet debe entenderse que los plazos deben estar fijados de antemano por el vendedor, según la distancia en que se encuentre el comprador y sobre la base de los medios de transporte escogidos para la entrega de las mercancías.

2.2.4.2 CONTRATO CON PROVEEDORES DE ACCESO A INTERNET.

Se trata de un contrato sin el cual los usuarios no podrían tener acceso a Internet, salvo que utilicen algún tipo de oferta que permita el acceso gratis a la red,⁴⁰ tema que seguramente generará controversia en materia de regulación de telecomunicaciones, servicios de Internet y Valor Agregado, así como en materia de competencia desleal.

Con el contrato de acceso a Internet se adquiere el derecho a ingresar a la red, mediante la asignación de un nombre de usuario y un password o clave secreta de acceso. Igualmente, el contrato de acceso a Internet puede incluir como prestación accesoria la asignación de una dirección de correo electrónico, identificada con el servidor del proveedor.

Con estos proveedores de acceso a Internet también se pueden realizar los contratos tendentes a obtener un espacio en un servidor de la red cuando ya se tiene una

⁴⁰ Actualmente se está ofreciendo en El Salvador, así como en algunos otros países, un servicio de acceso gratis a internet. Ver www.telemovil.com, www.navegante.com, www.es-ol.com, entre otros.

cuenta de acceso, a fin de que el usuario tenga su propia página web.

Otra forma más directa de acceder a tener un espacio en la web es la desarrollada bajo los contratos de operación de servidores de Internet, donde la empresa, que debe tener los recursos económicos suficientes, solicita se le admita como servidor para poder operar directamente en Internet, sin necesidad de subarrendar espacios.

En este evento se está haciendo algo similar al arriendo de un espacio dentro de la red, creado por el mismo operador del servidor. Los espacios en este caso no tienen valor ni propietario, lo que existe es una forma de administración mundial y regional de Internet para permitir la operación de los servidores, de manera que una vez se puede operar como servidor y se tienen los equipos, su titular puede explotar su propio espacio en la red.

Así mismo, otra última opción a señalar en este trabajo sería suscribir un contrato para el desarrollo y mantenimiento de páginas web. Al respecto, existen cada vez más empresas dedicadas a elaborar, poner en la web y mantener la operación de páginas en Internet, con las cuales se establecerían los términos de su actuación y la suma de dinero recibida como contraprestación de esos servicios.

2.2.4.3 CONTRATOS PUBLICITARIOS

Connotación muy importante en materia de Comercio Electrónico es la publicidad. Este negocio crece más rápido que el número de empresas nuevas en Internet. Este tipo de contratación pretende que, a semejanza de lo que sucede con el servicio de televisión que no sea por suscripción o con la radio, los servicios o

simplemente la información útil que se encuentre en algún sitio de la web sean “*gratis*” para el consumidor, puesto que los ingresos para el medio no son el número de veces que un navegante accede a la página sino la cantidad de publicidad que en su página de Internet se pueda pautar.

Así pues, se encuentran grandes compañías como Yahoo!.com que ofrecen servicios de correo electrónico y de búsqueda de información gratis, no por altruismo, sino porque en la medida que su página se va a conocer y su dirección de dominio se haga más popular, será un medio asediado por las empresas que desean pautar en dicho sitio.

Cabe resaltar que en materia de publicidad por Internet, donde suele ser bastante agresiva al enganchar al consumidor, se deben respetar los códigos de autorregulación publicitaria, las normas de protección al consumidor y las de competencia desleal, principalmente.

Junto con los contratos de publicidad se encuentra uno específico que la tecnología usada para diseñar páginas de Internet permite contraer. Se trata del contrato de alquiler de espacio en-línea destinado a publicidad.

Este espacio se conoce en inglés como espacio para “*banners*”, donde se colocan una especie de letreros electrónicos que invitan a conocer o adquirir un bien o servicio, para lo cual en caso de que el navegante se interese, deberá dar clic sobre el banner para encadenarse y trasladarse al sitio responsable de la publicidad.

Finalmente, cabe señalar que así como en la vida empresarial por fuera de Internet se requieren distribuidores, corredores, asesores, agentes y demás auxiliares, los contratos por los cuales se obtienen sus servicios pueden desarrollarse en medio electrónico. Espacio aparte merecen los contratos bancarios que el empresario de Internet debe suscribir previamente con las entidades financieras y de servicios técnicos y administrativos que permitan realizar pagos por medio electrónico.

2.2.4.4 EDI TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE DATOS

Desde la década de los 70, las transacciones vía EDI, han sido utilizadas como una forma ágil y automatizada para las relaciones comerciales entre las empresas. Puede definirse a las comunicaciones vía EDI, como el intercambio entre computadoras de información negocial, en formatos estandarizados.

Mediante el EDI las interacciones entre las partes tienen lugar por medio de aplicaciones informáticas que actúan a modo de interfaz con los datos locales y pueden intercambiar información comercial estructurada con su utilización, se permite a las compañías desarrollar un procesamiento automatizado de datos, el cual genera, transmite, recibe y procesa información electrónicamente, en sustitución de los tradicionales documentos en papel.

Las computadoras son programadas para contactarse entre sí y negociar acuerdos comerciales, lo cual genera un cambio en la forma de realizar las actividades de naturaleza mercantil. EDI permite un cambio en el enfoque de las empresas, se automatizan las operaciones y se reduce la utilización de materiales. El EDI sustituye el soporte papel de los documentos comerciales más habituales (órdenes de compra,

remito, factura, lista de precios, etc.) por transacciones electrónicas con formato normalizados y acordados previamente entre los usuarios del servicio.

Este servicio, a diferencia del correo electrónico, relaciona aplicaciones informáticas que residen en las computadoras de las distintas empresas. Por lo tanto, el intercambio de información se realiza entre aplicaciones informáticas y no entre personas.

La versatilidad generada por EDI, ha determinado que los Gobiernos y las corporaciones utilicen el Intercambio Electrónico de Datos entre sí. Los beneficios concretos que se adquieren con la utilización de EDI, son el aumento en la velocidad de las comunicaciones, se reducen los errores en el intercambio comercial de datos, se reduce la necesidad de documentos de papel, y se eliminan los procedimientos repetitivos en la administración de los negocios.

Es por ello que EDI visto a escala internacional, es un facilitador de la economía global, pues al transmitirse la información electrónicamente en símbolos y códigos estandarizados, se crea un lenguaje universal para el comercio. Se reducen entonces las distancias y el tiempo, además de que caen las barreras territoriales y de lenguaje.

EDI es usualmente utilizado para transmitir formatos estándares de compra, aceptación, envíos y otros registros. Estos intercambios son algunas veces realizados conforme a un acuerdo marco suscrito entre las partes, conocido como *trading partneragreement*, no obstante con o sin estos acuerdos los intercambios EDI pueden

crear contratos vinculantes⁴¹.

Sin embargo, este tipo de transacciones se tienen que hacer, como se ha dicho en una red que no es abierta como el caso de Internet, por lo tanto para celebrar este tipo de contratos son necesarios los siguientes requisitos:

- a- Las partes contratantes deben tener una relación continua en sus negocios.
- b- Debe existir una infraestructura común entre las partes contratantes para efectuar estas transacciones.
- c- Los datos que se envían a través de mensajes EDI, deben estar convertidos a ciertos estándares que se deben acordar entre las partes, para que su procesamiento sea de fácil consecución para cualquiera de ellas.

2.2.4.5 SHRINKWRAP Y WEBWRAP

De acuerdo con la doctrina internacional, la cual resulta consulta necesaria para el análisis del tema, el término **Shrinkwrap** hace referencia a un acuerdo de licencia de uso, sin firmar, el cual estipula que la aceptación por parte del usuario de los términos, se presenta en el momento de abrir el empaque “shrinkwrap”, u otro empaque del software, por el uso del software, o por otro mecanismo especificado.⁴²

En palabras más sencillas, un acuerdo shrinkwrap, son aquellos acuerdos de licencia de uso, que traen consigo los productos de software que se adquieren. Tradicionalmente éste acuerdo expresa que “al romper éste empaque “shrinkwrap”, se

⁴¹ **FORMISANO** Prada, Maritza *Et. Al. Aproximación a los vacíos legales en el contrato de compraventa on – line*. Documento del Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Cámara de Comercio de Bogotá. Colombia. 1998.

⁴² Ver en Internet www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.htm. **HAYES**, David, The enforceability of shrinkwrap license agreements on-line and off-line, 1997.

aceptan los términos aquí contenidos”. Hay otras maneras de acordar la aceptación de la licencia de uso, entre las cuales se puede mencionar la aceptación de las condiciones que aparecen en el monitor de la computadora a la hora de instalar el software, o el acuerdo que viene adjunto al soporte físico del software, en donde se establecen las cláusulas.

Las compañías dedicadas al mercado de la computación, han elegido como norma común entre ellas, el otorgar estas licencias de uso, en vez de realizar simples contratos de compraventa, por varias razones.

Al ser la compraventa un contrato traslativo de dominio, el dueño puede disponer libremente del bien, por lo que se posibilitaría una reproducción ilimitada del producto, el cual podría ser vendido, o incluso regalado a terceros, lo cual perjudica al vendedor del software, el cual vería como su producto es traficado de manera constante, sin recibir beneficios económicos por estas operaciones.

Para algunos autores, resulta por lo tanto, ilógico visualizar la adquisición de software, como una compraventa, pues por sus características intrínsecas, este contrato requiere de una regulación independiente, que proteja el desarrollo de la industria creadora de software. Lo contrario, implicaría desestimular a las empresas e individuos a la invención de software, pues, no dispondrían libremente de su propio producto.

Además, debido a lo complejo de la adquisición de un programa de software, es necesario que la empresa establezca los términos específicos bajo los cuales se regulará la tenencia o uso del software, al comprador, para su entendimiento.

La importancia de la regulación a las licencias shrinkwrap, es tal que de la correcta apreciación de éste contrato depende la existencia y validez de un nuevo contrato electrónico, el **webwrap**. Si se pretende definir y entender las compraventas en Internet, es indispensable comprender los webwrap, lo cual no se lograría sin haber estudiado anteriormente el contrato shrinkwrap.

Los contratos webwrap, incluyen varios tipos de transacciones en línea. Una de estas son las transacciones de venta de software, que requieren que el usuario o consumidor final, acepte los términos de una licencia de uso, previo al envío del software en línea.⁴³ Esta forma de utilizar el contrato webwrap es muy común, y se asemeja a las características del shrinkwrap. Algunos sitios utilizan acuerdos webwrap para prevenir que los usuarios de la Web puedan navegar en sus páginas, sin antes aceptar varios términos que los dueños del sitio establecen (como restringir el uso de la información de la página a uso personal, prohibir la reproducción del contenido del sitio, etc.).

Las transacciones webwrap, también llamadas clickwrap, son las convenciones electrónicas que más se utilizan en Internet.⁴⁴

En el curso de la transacción, el consumidor debe indicar si ha leído y aceptado las cláusulas que allí se establecen, para perfeccionar la relación contractual, y someterse a los términos que en la página se establecen. Esto es comúnmente realizado, cuando se requiere o solicita al consumidor que haga “click” en el botón de aceptar que aparece en su pantalla, antes de que la transacción pueda ser completada.

⁴³ Ver en Internet www.virtulaw.com/e-law.htm#othere-lawtopics

⁴⁴ Ver en Internet www.gcase.org/gcase.org-ECommerce.htm

Por estas facilidades que en Internet se presentan, en las transacciones en línea, la oportunidad para las empresas de solicitar el consentimiento de los consumidores antes de realizar el contrato, crece, de tal forma que se crea un mercado potencial ilimitado, en el cual los acuerdos webwrap regirán las relaciones comerciales.

Mientras que en los contratos shrinkwrap, surge el problema, aún no resuelto, de definir la naturaleza del contrato como compraventa o licencia de uso, en su versión electrónica del webwrap, no existe ésta controversia. Como ya se ha dicho, la posibilidad para el consumidor de tener conocimiento de los términos de la licencia antes de realizar la transacción, permite la validez del contrato webwrap.

El contrato tendrá fuerza de ley entre las partes, y estas quedarán obligadas a lo que se exprese en dicho negocio, por lo que las cláusulas serán las que regirán lícitamente la relación jurídica y comercial entre el consumidor final y la empresa propietaria. Además, al no existir una cosa corporal, el contrato no sería una compraventa, aunque éste criterio no regiría en una consideración internacional del tema.

Aunque en Internet se facilitan muchas posibilidades para realizar transacciones, será necesario para las empresas el comprender la importancia de ofrecer sus productos de una manera en la cual se respeten los derechos de los consumidores a escala global, y esto sólo se podrá lograr si se ofrece a los sujetos los términos y condiciones de los contratos antes de concluir los mismos. La consideración general de los diferentes autores estudiosos del tema del webwrap, es que los propietarios de los sitios web tengan en cuenta lo siguiente:

- a- Que se exprese claramente la existencia de términos y condiciones contractuales existentes en el sitio web, para realizar transacciones, ya sea de adquisición de software o de simple uso de la página.
- b- Que se ofrezca una oportunidad razonable a los usuarios del sitio, para revisar los términos de la transacción antes de que ésta se realice.
- c- Que se facilite mediante la existencia de un botón de aceptación, el entendimiento para el consumidor, de que ha aceptado los términos de la licencia.
- d- Que se permita claramente al usuario, rechazar los términos de la licencia, pues de lo contrario, en muchas jurisdicciones los contratos webwrap podrían ser inválidos al no ofrecerse suficientes posibilidades al consumidor para analizar el contrato, por lo que podría considerarse viciada la aceptación de éste último y por lo tanto inejecutable el contrato.

2.2.4.6 CONTRATOS INFORMÁTICOS

Se denomina así a los contratos electrónicos, cuyo objeto es un bien o servicio informático. Este contrato por la complejidad que implica, es dividido en dos categorías fundamentales:

- a) Contratos de compraventa, arrendamiento y uso de hardware y software.
- b) Contratos de arrendamiento de obras y servicios.

a. Contrato de compraventa, arrendamiento y uso de hardware y software

Ambos contratos pueden ser distinguidos por su objeto, los contratos de adquisición y/o uso de hardware (equipos físicos electrónicos) o los de software (parte lógica).

Los contratos de hardware, son los que tienen por objeto la adquisición y/o uso de equipos físicos electrónicos e informáticos, como ordenadores, periféricos, etc.

Los contratos de software, son los que tienen por objeto la parte lógica del sistema, como los programas. La adquisición del software se puede llevar a efecto de varias maneras: por el desarrollo del software que se necesita mediante arrendamiento de servicio u obra con expertos informáticos; por cesión de los derechos de edición; por licencia de uso exclusiva o no exclusiva.

b. Contratos de arrendamiento de obras o servicios informáticos

Los contratos de arrendamiento de servicios informáticos incluyen: consultoría de análisis y/o diseño de software, adaptación de sistemas o actualización, contrato de mantenimiento, realización de software, servicios a medida, etc.

2.2.5 FASES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

De todo lo antes establecido, se puede establecer que las fases por las que pasa la Contratación Electrónica son, a saber:

2.2.5.1 Fase Previa

Por fase previa se entiende “aquella que tiene lugar antes de que el destinatario de la oferta la acepte, existiendo por parte del oferente la obligación de informar de forma clara, comprensiva e inequívoca al interesado de lo siguiente :

- a. Trámites a seguir para la celebración del contrato.
- b. Posibilidad de archivo del documento y acceso a él.
- c. Medios técnicos para corregir errores.
- d. Idioma o idiomas de formalización del contrato.

e. Condiciones generales a las que pueden sujetarse”.

A través de esta información previa, el aceptante se puede formar una idea sobre el contenido de lo ofrecido, pasando posteriormente, al conocimiento del objeto mismo del contrato.

2.2.5.2 *Manifestación de la Voluntad:*

La segunda fase, por ser el núcleo del proceso de contratación, viene a ser la manifestación de voluntad por parte de quien ofrece y de quien acepta. Tanto la **oferta** como la **aceptación** han de cumplir una serie de requisitos para que puedan considerarse como tales, Sandro Zumarán⁴⁵ señala que la oferta ha de ser **completa**, contener **intencionalidad** (por parte del oferente), y por último debe ser **conocida** por el destinatario.

Por *completa* se entiende que debe ser autosuficiente, o lo que es lo mismo, que ha de contener todos los elementos que la diferencien de otra (precio y características) lo que producirá confianza en quien pretenda contratar y evita por eso mismo la confusión.

Con relación a la *intencionalidad* de la oferta, juega un papel importante la **buena fe contractual** y, con ella, ese **deber de información**, aquí ya no es suficiente con que se cumpla lo que se ha dicho sino que se ha de ser fiel a lo que se ha propuesto (entendiendo por *dicho* la obligación directa y por *propuesto* la que va a ser aquella).

En cuanto al *conocimiento* que ha de tener el destinatario de la oferta para que

⁴⁵ Ver en Internet www.pce.org.pe/contraelec.htm ZUMARÁN, Sandro. La Contratación Electrónica.

concurra como tercer requisito, entronca con la denominada **aceptación de la oferta**. Mediante ésta, el consumidor manifiesta su voluntad (a través de ese consentir) con lo ofertado. También en este caso se han de cumplir una serie de requisitos que son: **la congruencia de la oferta, la oportunidad temporal**, y por último **la contestación dirigida al oferente**.

La congruencia viene dada por el hecho de contestar (contestación personal dirigida al oferente) la propuesta o las condiciones, es decir, lo que viene a ser esa congruencia exigida ante lo que se ofrece y lo que se acepta. Congruencia quiere decir concordancia, el bien o servicio que se va a contratar ha de ser el mismo que se ha ofertado.

La oportunidad temporal como requisito adicional, viene a ser una posibilidad más a tener en cuenta. Sólo en el caso de que exista una limitación de tiempo para contestar aceptada la propuesta se habrá de cumplir aquella. Es de saber que como en todo mercado, el cambio de ofertas es una realidad presente en el Comercio Electrónico, por lo tanto, y en confirmación de lo dicho, la validez de los ofertado tiene una limitación temporal de dos clases: **expresa**, (por indicada por quien ofrece), o **tácita** (por dejar, de hecho, de ser accesible).

2.2.5.3 Perfección del Contrato

Con relación a la perfección del contrato, que es la tercera de las fases, se entiende que el Contrato Electrónico es perfecto en cuanto coincidan las voluntades de las partes manifestadas a través del consentimiento, es con la aceptación de la oferta de

contratación por parte del destinatario mediante firmas y certificados digitales que tal supuesto se considera realizado.

2.2.5.4 Suministro de Información

Aún queda por llevar a cabo el cumplimiento de la cuarta fase, relacionada con la información que el oferente ha de suministrar al destinatario. El primero ha de enviar *acuse de recibo por correo electrónico* al destinatario o, alternativamente *por medio equivalente*. Sin embargo, esta obligación decae en el caso de que ninguno de los contratantes tenga la consideración de consumidor y, además así lo acuerden.

2.2.5.5 Lugar de celebración del Contrato Electrónico

Por último y como aspecto a destacar, el *lugar de celebración del Contrato Electrónico* resulta ser un elemento importante, por ejemplo, para determinar la competencia jurisdiccional en caso de conflicto de intereses.

2.2.6 CONTENIDO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El empleo del Comercio Electrónico para crear relaciones de carácter contractual en cualquiera de sus modalidades debe acudir sin falta a la observancia de las cargas contractuales de claridad, diligencia, sagacidad, legalidad y buena fe de que se habla en materia del Contrato Electrónico para prevenir problemas posteriores a la puesta en marcha de los contratos, que puedan restar eficacia a los fines que se buscan cumplir con la actividad desarrollada.

Bajo este marco, bien se trate de contratos de adhesión - que serían la mayoría - o no, se deben incluir las siguientes cláusulas, para aminorar riesgos surgidos con ocasión

de una transacción en Internet. A saber se cuentan:⁴⁶

- a. Cláusulas de Privacidad:* para garantizar el uso adecuado de la información generada a raíz de los Contratos Electrónicos, principalmente de tipo financiero y personal, se establecen estas cláusulas, donde la empresa oferente se obliga a dar un uso adecuado y no fraudulento a la información suministrada por el usuario. Adicionalmente se puede incluir cuál es el destino y tipo de uso que efectivamente se le dará a dicha información. Con estas cláusulas se busca proteger y garantizar la confidencialidad.
- b. Cláusulas de protección a la propiedad intelectual:* buscan determinar y delimitar los derechos que en materia de derechos de autor y propiedad industrial tiene cada una de las partes del negocio. Así mismo, busca establecer el compromiso para las partes de no infringir la normatividad internacional ni los derechos de alguna de las partes vinculados a la propiedad intelectual. Dependiendo del tipo de contrato en particular se establecerá el tipo de derechos de autor y marcarios a comprometerse a proteger luego de su vínculo contractual.
- c. Cláusulas compromisorias:* son las cláusulas por las cuales se señala que se acudirá a la jurisdicción arbitral o arbitramento, en caso de desacuerdos o conflictos derivados de la relación contractual electrónica. Estas cláusulas reducen el riesgo de tener un litigio en una jurisdicción desconocida y que sería desfavorable para una de las partes. Consisten principalmente en reglas para determinar el tipo de arbitramento y su procedimiento; el mecanismo de elección y las calidades de los árbitros; la legislación a aplicar y la sede del arbitramento.

⁴⁶ MICHELSEN, Sergio. “Contratos Electrónicos Internacionales”, exposición en Comercio Electrónico - La vía, Corferias, Foro de Alta Tecnología, octubre de 1999.

- d. Cláusulas de limitación de responsabilidad:* constituyen un tema álgido en la medida que se pueden convertir en vehículo para desarrollar algún tipo de cláusula abusiva, vejatoria o leonina, en la medida que de un Contrato Electrónico de adhesión y de las condiciones contractuales particulares se encuentre la empresa oferente en una posición fuerte de contratación, de superioridad, es decir, una posición dominante contractual respecto de la otra parte. No obstante, resulta necesario manejar estas cláusulas a fin de evitar que para alguna de las partes se vaya a extender su responsabilidad más allá de lo que las partes desean y potencialmente son capaces de cumplir.
- e. Cláusulas de legislación aplicable:* para evitar el alto riesgo de no saber a dónde reclamar en caso de conflicto, especialmente en Internet donde se tiende a ser mundial, se incluyen cláusulas que determinan las reglas para evitar conflicto de leyes en el espacio. Internacionalmente se conocen como cláusulas de “choice of law”⁴⁷.

Al respecto, señala con claridad el tratadista español Xabier Ribas:⁴⁸

“...Dado que en Internet pueden producirse operaciones comerciales con personas físicas o jurídicas de otros países, será fundamental incorporar una cláusula en la que se señale que la legislación aplicable a dicho contrato, será la española (para el caso español)”.

El régimen establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre

⁴⁷ En castellano “Elección de la Legislación”

⁴⁸ Ver en Internet www.onnet.es, www.commercenet.org y www.ctv.es/USERS/mpq/comercio.html
RIBAS, Xabier Informe de la firma de abogados Ribas y Rodríguez. España. 2001

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías firmada en Viena en 1980, solo se aplicará a las operaciones de índole mercantil, ya que el artículo 2 de dicho instrumento excluye expresamente las compras de consumo, es decir, las efectuadas para uso personal, familiar o doméstico.

La proliferación de transacciones comerciales a través de Internet ha ocasionado la aparición de las siguientes propuestas para la determinación de la legislación aplicable en los casos en que no exista sumisión expresa:

1. Aplicar los Convenios Internacionales;
2. Aplicar la legislación del país de origen del vendedor;
3. Aplicar la legislación del país de origen del comprador;
4. Crear normas específicas para Internet;
5. Aplicar de forma estricta el sistema de direcciones IP⁴⁹. En este último caso, la ley aplicable debería ser la del país donde se halle el servidor del que partió la oferta, hecho determinable por la dirección IP del vendedor.

La conclusión a la vista de que no existe una legislación uniforme para todos los países conectados a Internet consiste en establecer una cláusula específica de sumisión a la legislación del estado en el que radica el ofertante”.

f. Cláusulas de remisión: muy comunes, especialmente para los contratos de tipo internacional, en los cuales se puede incluir como parte esencial de su contenido la aplicación de las normas pertinentes provenientes de tratados internacionales.

⁴⁹ Internet Protocol, en castellano “Protocolo de Internet”.

Así, para los Contratos Electrónicos es posible incorporarse o también excluirse las disposiciones multilaterales, como por ejemplo, las de la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías.

g. Cláusulas de representaciones y garantías: derivan del inglés (representations and warranties) y se usan para dar más claridad a los contratos, buscando el equilibrio en el conocimiento de información sobre la parte fuerte del contrato, eliminando de esta forma el inconveniente de la asimetría en la información contractual. Para estos casos se incluyen los datos completos sobre el nombre del empresario, su dirección y demás formas de contactarlos, así como la certificación de que se trata de una página web segura y que tiene certificada la identidad de quienes negocian a través de ella. Así mismo, presentan una descripción y una presentación de la empresa: su experiencia y conocimiento del mercado, premios, países donde tiene sedes físicas o representantes, etc.

Por otro lado, este tipo de cláusulas permiten prevenir eventuales nulidades contractuales por falta de capacidad o por violación a la ley, ocasionadas principalmente por causa del usuario de Internet imprudente. Así sucede cuando en las cláusulas se establecen las condiciones que una persona debe tener para que el negocio se entienda válido, como puede ser la mayoría de edad o algún tipo de incompatibilidad o inhabilidad legal, o incluso sobre tipos de contratos que no se pueden realizar en Internet, como por ejemplo, aquellos que para surtir efectos deben ser inscritos en un Registro Público.

CAPÍTULO TRES

“Análisis Jurídico de la Relación Contractual Electrónica y situación problemática”

3.1 PAPEL DE LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA VIGENTE Y LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ELECTRÓNICAS REALIZADAS POR INTERNET

El comercio electrónico como nueva modalidad de contratación en el mundo, posee características propias que lo distinguen del comercio en general, siendo necesario para que pueda ser considerado por el derecho, que cumpla tres condiciones básicas:

- a. La existencia de una sociedad que sea destinataria del derecho como ordenamiento, es decir, sujetos que sean el medio a través del cual se lleve a cabo esta actividad económica.
- b. La existencia de una regulación de las relaciones intersubjetivas que sean el fin del derecho como ordenamiento, y
- c. La existencia de una organización que sea el medio o instrumento del derecho.

Si se cumple con estas condiciones, se estará en presencia de una de las manifestaciones del derecho, y por lo tanto esas relaciones entre los sujetos que las constituyen deberán regirse por normas apropiadas y someterse a procedimientos establecidos.

En El Salvador existe un ordenamiento jurídico que se ve limitado al momento de regular las transacciones comerciales de carácter electrónico, contando únicamente con disposiciones generales que podrían en ciertos casos ser aplicadas a esta modalidad de contratación o que solamente hacen referencia a tal figura en mínima forma, dejando de lado normas propias de la teoría general de la contratación, generando en consecuencia un problema jurídico de gran trascendencia.

Este apartado va dirigido a examinar la normativa existente en el país aplicable al comercio celebrado por Internet, partiendo desde la Constitución de la República como norma primaria, abarcando los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, para concluir con el análisis de la legislación secundaria que regula tal forma de contratación.

3.1.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR⁵⁰

El sistema legal salvadoreño tomando como base los preceptos constitucionales, aglutina una cantidad de disposiciones protectoras de las relaciones contractuales, aún aquellas realizadas por medios informáticos.

Si se parte de lo establecido en el Art. 1 Cn: “*El Estado está organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica...*”, se encuentra que la seguridad jurídica es un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial de éste hacia el mismo gobernado.

La seguridad jurídica implica una libertad sin riesgos⁵¹, de modo tal que el hombre puede organizar su vida sobre la fe en el ordenamiento jurídico, es decir, en la certeza de que se puede determinar a quien corresponden los derechos y las obligaciones, y desde luego que el Estado garantice su cumplimiento, aún dentro de figuras nuevas como lo es el comercio electrónico.

⁵⁰ *Recopilación de Leyes Civiles. Constitución de la República de El Salvador*. Editorial Jurídica Salvadoreña. 14ª Edición. El Salvador. 1999. página 3 (De aquí en adelante al hacer referencia al cuerpo normativo en mención deberá tomarse como base la Edición aquí presentada).

⁵¹ **BIDART** Campos, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Porrúa. Argentina. Página 349.

En el Art. 2 Cn. se establece que: “...*A toda persona se le garantiza el derecho a la intimidad personal...*”, intimidad que se ve vulnerada y desprotegida en el comercio electrónico, por no existir un marco normativo que regule y proteja los datos personales dentro del mismo, siendo obligación del Estado, según el cuerpo normativo primario, y una garantía para el gobernado, debiendo establecerse los medios idóneos para su protección ante esta nueva realidad.

Asimismo debe recordarse el papel preponderante que el principio de autonomía de la voluntad juega en esta relación, principio que parte de dos garantías constitucionales: la igualdad y la libertad jurídica de los contratantes. La igualdad jurídica debe ser relacionada con la igualdad entendida en el sentido proclamado en el Art. 3 Cn., sin perjuicio de ello, la desigualdad manifestada en los campos económico, tecnológico y de acceso a las nuevas tecnologías deberían motivar al legislador a establecer un equilibrio y regular el comercio electrónico.

Los Art. 2 y 8 ambos de éste cuerpo normativo respectivamente establecen “...*Toda persona tiene derecho a la libertad...*”, y “...*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella prohíbe...*”, normas que fundamentan la noción de libertad individual, entendida ésta como aquella que permite que las personas actúen según su arbitrio, siempre y cuando se encuentren dentro de los cauces del ordenamiento jurídico, garantizando entonces la libertad de las personas para ejercitar sus facultades y derechos, pudiendo así formar las diversas relaciones jurídicas que le atañen, ejerciendo de esta manera su autonomía privada.

La autonomía privada hace posible que los particulares puedan contratar, ya que

constituye una facultad concedida por la ley a éstos, en la que les confiere la potestad normativa de autoregularse y reglamentar sus intereses jurídicos, creando una relación obligacional entre las partes contratantes. Es por ello que se puede afirmar, que los particulares ejercen su autonomía privada a través de dos libertades o derechos, la libertad de contratar y la libertad contractual.

Es importante señalar además la libertad de disposición que reconoce el Art. 22 Cn., puesto que todo individuo tiene la posibilidad de usar y gozar de sus bienes de la manera que mejor le parezca, e incluso transmitir a cualquier otra persona esos derechos que por ley le corresponden.

La libertad de contratar como derecho fundamental se encuentra garantizada en el Art. 23 Cn. que establece: “*Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes*”, lo cual significa que toda persona tiene derecho a contratar, siempre que sea con fines lícitos y que no contravengan a leyes de orden público.

La ley en este caso regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho, esto es así porque el Art. 10 Cn. dice : “*La ley no puede autorizar ningún acto o contrato que implique la pérdida o el irreparable sacrificio de la libertad o dignidad de las personas*”, es decir, no es absoluta, y se limita por normas imperativas con el fin de proteger intereses superiores a los intereses de los contratantes, prohibiéndose en consecuencia, la explotación de la inexperiencia, la necesidad o la inferioridad del otro contratante, ni mediante el ejercicio abusivo de un derecho, traspasar los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La Constitución de la República también establece que nadie salvo las propias partes pueden modificar o extinguir el contrato, lo cual ampara la Libertad Contractual, que encuentra su base en el Art. 23 Cn. que señala: *“Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de determinar sus asuntos civiles o comerciales por la transacción o arbitramento...”*.

Es por lo anterior que la contratación privada, y por ende la contratación electrónica se encuentran garantizadas por el ordenamiento jurídico salvadoreño, que protege los contratos entre particulares contra el intervencionismo estatal y particular, asegurando y fomentando el ejercicio de la autonomía privada en la contratación.

Es necesario aclarar que a pesar que se encuentra garantizado y que la Constitución de la República es autoaplicativa es necesario establecer un marco normativo que regule específicamente la forma en que dicha protección se llevará a cabo, ya que debe partirse de las características propias de esta, y que puede ser objeto de abuso o daño por terceros.

Otro aspecto establecido en la Constitución de la República, específicamente en los Art. 101 y 102, es la obligación del Estado de promover el desarrollo económico y tecnológico en aras del beneficio social, como también la obligación de garantizar la libertad económica y fomentar y proteger la iniciativa privada. Es por ello, que por la importancia que implica el comercio electrónico en el país, al abrir las puertas a nuevas oportunidades para el desarrollo económico más eficiente, tanto del comercio de sus productos o servicios en el mercado local, regional e internacional, se requiere que se regule y se brinde seguridad jurídica.

3.1.2 TRATADOS INTERNACIONALES

A. CÓDIGO DE BUSTAMANTE⁵²:

El presente Código en su Libro Primero, Título Cuarto “De las Obligaciones y Contratos”, Capítulo I “De las Obligaciones en General”, señala que el concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial, y que las obligaciones derivadas de la ley se rigen por el derecho que las haya establecido.

Asimismo, establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben de cumplirse, salvo las disposiciones que estipule ese mismo Código. Define a los Contratos en su artículo 175°, como reglas de orden público internacional, las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.

Respecto a la Capacidad, Rescisión, Nulidad e Interpretación estipula lo siguiente:

- 1- **Capacidad**: dependen de la ley interna de cada Estado contratante respecto de la capacidad o incapacidad, las reglas que determinan la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento (artículo 176°).
- 2- **Rescisión**: de los contratos por incapacidad o ausencia, se regirán por la ley personal del ausente o incapacitado. Las demás causas de rescisión, su forma y efectos se subordinan a la ley territorial (artículo 181° y 182°).
- 3- **Nulidad**: sujeta a la ley de que la causa de la nulidad dependa (artículo 183°).
- 4- **Interpretación**: como regla se interpretará según la ley que los rija. Sin embargo,

⁵² Ratificado por la República de El Salvador el 30 de marzo de 1931.

cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará para el contrato de adhesión, la ley del que los ofrece o prepara (artículo 184°). En los demás contratos, respecto de la voluntad tácita, se aplicará la ley personal común a los contratantes, y en su defecto, la del lugar de celebración.

Estas reglas que se han visto en líneas anteriores, son de aplicación a los Contratos de Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 244°.

B. CONVENCIÓN DE VIENA⁵³ :

Con la finalidad de fijar normas comunes relativas a la Compraventa Internacional para distintos ordenamientos jurídicos, la comunidad internacional a través de la Organización de Las Naciones Unidas diseñó un estatuto jurídico uniforme que es la Convención de Viena.

La Convención constituye una reglamentación de Compraventa Internacional que supera a la Convención de la Haya, pues pretende regular el contrato como un todo independientemente de cualquier legislación nacional. El juez no tiene que determinar la ley competente que rige el contrato, pues la Convención se basta en sí misma⁵⁴.

Para la Convención de Viena, el Contrato de Compraventa Internacional es aquel contrato en virtud del cual, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio.

⁵³ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue concertada el 11 de Abril de 1980 por una conferencia diplomática universal convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por la República de El Salvador el 18 de noviembre de 1999.

⁵⁴ **SIERRALTA** Ríos, Aníbal. *Contratos de Comercio Internacional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú. 1998. p.189

Cabe resaltar que la Convención no hace distinción alguna sobre el carácter civil o mercantil de la venta. La Convención considera que es Internacional el Contrato y las formas que ella define como tal, cuando haya sido manifiesta la localización de los establecimientos en estados diferentes. Esta Convención es de aplicación a los contratos de compraventa de mercaderías, entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- 1- Cuando esos Estados sean Estados contratantes (aplicación espacial). El carácter internacional de la compraventa no se determina por el movimiento transnacional de las mercaderías, sino por el lugar de negocios de las partes contratantes.
- 2- Cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (aplicación material). La relación contractual a la que se aplica, es a la identificada como “*contracts of sale of goods*”.

Este conjunto de normas sustantivas comprende:

- i. Reglas relativas al ámbito de su aplicación.
- ii. Reguladoras de la formación del contrato.
- iii. Los derechos y obligaciones de los compradores y vendedores, así como acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes, de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales.

Respecto a la interpretación de esta Convención, existen las siguientes reglas:

- a- Se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la

observancia de la buena fe en el comercio internacional.

- b- Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Esta Convención no será de aplicación en los siguientes supuestos, tal como se señala en el artículo 2°:

- A. En las Compraventas de mercaderías para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.
- B. En Subastas Judiciales.
- C. En Compraventas de valores mobiliarios, títulos o efectos del comercio y dinero.
- D. En Compraventas de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves.
- E. En Compraventas de Electricidad. Es de hacer notar que al excluir únicamente la compraventa internacional del servicio eléctrico, todos los demás servicios son comprables.

C. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO:

La finalidad que tiene la presente Ley⁵⁵, es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional, que le permitan eliminar algunos de los obstáculos jurídicos, todo esto con la intención de consolidar un marco jurídico que permita el desarrollo del Comercio Electrónico.

Entre otras cosas, esta Ley Modelo busca ayudar a remediar los inconvenientes que surgen a causa de marcos legales internos inadecuados, ya que estos pueden contribuir a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales y al desarrollo del Comercio Electrónico.

La Ley Modelo tiene como objetivo, ser un instrumento internacional que sirva para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes, que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del Comercio Electrónico. En el supuesto que se adoptase la Ley Modelo como regla de interpretación, los Estados partes en esos instrumentos internacionales, dispondrían de un medio para reconocer la validez del Comercio Electrónico, sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.

La Ley Modelo es aplicable a toda forma de mensaje de datos, como por ejemplo, información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, que se utilice en el contexto de actividades comerciales. Cuando habla de actividades comerciales, según los comentarios de la CNUDMI, el término debe ser interpretado ampliamente. Con respecto a la definición de

⁵⁵ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante Resolución 51/162 de la Asamblea General de 16 de Diciembre de 1996.

Comercio Electrónico, si bien en el artículo 2° se da una ilustración de que se entiende por "intercambio electrónico de datos (EDI)", la presente Ley Modelo no se ocupa de dar un concepto preciso.

Entre los medios de comunicación recogidos para la utilización del Comercio Electrónico, cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de un terminal informático a otro efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la Internet. Se señaló también que, en algunos casos, la noción de Comercio Electrónico sería utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax.

La Ley Modelo está dividida en dos partes: la primera que regula el Comercio Electrónico de modo general, y la segunda que regula el empleo de ese comercio en determinadas ramas de la actividad comercial. Es importante mencionar que la segunda parte de la Ley Modelo, relativa a determinadas actividades del Comercio Electrónico, consta únicamente del Capítulo I dedicado a la utilización del Comercio Electrónico en el transporte de mercancías.

Con referencia a la formación y validez de los contratos, 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. Este 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.

La Ley Modelo deberá ser interpretada tomando en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Ante vacíos legales, estos serán llenados tomando en cuenta los principios generales en que se inspira esta ley, como son los siguientes:

1. Facilitar el comercio electrónico interior y más allá de las fronteras nacionales.
2. Validar las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información.
3. Fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información.
4. Promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia.
5. Apoyar las nuevas prácticas comerciales.

3.1.3 TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS (Código Civil y Código de Comercio)

El Código Civil garantiza la libertad contractual en su Art. 1416, el cual establece:

“Todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes, y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales”.

Es decir, que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siendo obligatorio para ellas, y dejando de surtir efectos jurídicos por el consentimiento de las mismas, siempre que este consentimiento no sea contrario a normas legales de carácter imperativo, es decir, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier otra clase.

Si bien es cierto que la regulación actual de los contratos electrónicos es escasa, no por ello se debe entender que se encuentra carente de toda regulación, la validez de la contratación electrónica es susceptible de tratamiento legal dentro del Código Civil, que como columna vertebral del ordenamiento jurídico salvadoreño, proporciona aspectos fundamentales para este tipo de contratación.

Los contratos celebrados por medios electrónicos, así como las estipulaciones en ellos contenidas, son perfectamente válidas, de acuerdo con la normativa del Código Civil, y sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Entre las normas que se aplican a este tipo de contratos innominados se pueden mencionar:

- a. La teoría general de la contratación, definición, características, tipo de contrato al que pertenece el contrato electrónico, requisitos de validez y existencia del mismo.
- b. Las disposiciones referentes a los efectos de los contratos.
- c. Las disposiciones relativas a la interpretación de los mismos, y
- d. Las disposiciones concernientes a la prueba de las obligaciones. Además se pueden mencionar todas aquellas normas que establecen la forma y requisitos para cada contrato en particular, que tenga la posibilidad de ser realizado y perfeccionado por medios electrónicos.

Según el Código Civil salvadoreño, *“las obligaciones nacen de los contratos...”*, entendiendo por estos *“La convención en virtud de la cual una o más partes se obligan para con otra u otras, recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*, es decir, que el contrato es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o

extinguir una relación jurídica patrimonial.

Asimismo el contrato reúne las características del acto jurídico: es un hecho humano, voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas contratantes relaciones jurídicas. Además para que exista un contrato, las partes deben actuar con la intención de regir su relación asumiendo obligaciones y adquiriendo derechos.

Una de las consecuencias más importantes de la naturaleza jurídica del contrato, según la legislación salvadoreña, es que se trata de la única voluntad que produce efectos jurídicos en la voluntad real intencional, mediante un texto u otra forma de manifestación del consentimiento, aceptada por el ordenamiento jurídico.

De lo anterior como grupo investigador se puede afirmar que el *contrato electrónico* será *aquel que se realice mediante la utilización de algún medio electrónico, siempre y cuando éste tenga o pueda tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.*

De la definición de contrato proporcionada por el Código Civil salvadoreño, se pueden identificar como características de los mismos aplicable a los contratos celebrados por medios electrónicos, las siguientes:

- a. Constituye un acto jurídico bilateral: porque requiere dos partes para que se configure como tal y produzca efectos jurídicos, que pueden consistir en la creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

- b. Es un hecho humano, voluntario y lícito: que tiene por finalidad crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones, pero no se puede contratar sobre cualquier materia ni regular las relaciones de cualquier manera, puesto que el régimen legal establece límites a la libertad contractual.
- c. Es un acuerdo de voluntades: por la razón de que dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos, es decir, que ésta nace del conjuro de la voluntad libre e independiente de las partes que están perfectamente facultadas para establecer sus relaciones privadas.
- d. Es fuente de derechos y obligaciones: porque constituye un acto jurídico privado, creador de una norma jurídica particular que genera derechos y obligaciones para los contratantes configurándose como una fuente tradicional y voluntaria de derechos y obligaciones.
- e. Es un acto jurídico patrimonial: en el comercio electrónico por medio de la contratación electrónica, las personas celebran contratos para adquirir, enajenar, usar, etc. determinados bienes, o para gozar de ciertos servicios, a través de una prestación y una contraprestación que recae sobre un objeto que tiene un valor pecuniario. Los contratantes persiguen primordialmente la satisfacción de una necesidad o el mejoramiento de una situación existente.
- f. Es la causa: de la relación jurídica que vincula a los contratantes, es decir, que las partes actúan con la intención de regir su relación concreta, asumiendo obligaciones y adquiriendo derechos.
- g. Los contratos celebrados dentro del Comercio Electrónico son onerosos, puesto que las transacciones que se realizan son de naturaleza mercantil, en virtud de la calidad de los sujetos que intervienen y del acto que se ejecuta, por lo cual trae

aparejada una utilidad económica para ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

- h. Constituyen actos bilaterales, puesto que al existir dos partes contratantes, éstas en virtud del Contrato Electrónico se obligan recíprocamente una a prestar el servicio o proporcionar el bien, y la otra a pagar el precio por el servicio prestado o bien adquirido. Se excluyen los contratos unilaterales por requerir mayores solemnidades.
- i. Para su perfeccionamiento requieren únicamente el consentimiento determinante, claro e inequívoco de las partes contratantes, siendo considerados contratos consensuales. Esto es así porque los contratos reales que exigen la tradición de la cosa, y los contratos solemnes donde deben observarse formalidades especiales, de manera que sin ella no producen ningún efecto civil, no son susceptibles de llevarse a cabo por medios electrónicos, porque técnica y jurídicamente no es posible. Además, por regla general, los contratos electrónicos son consensuales.
- j. Son principales, puesto que por las características peculiares del comercio electrónico, los contratos realizados dentro de éste, subsisten por sí mismos, sin necesidad de otra convención o acuerdo de voluntades para crear la relación obligacional entre ambas partes contratantes.
- k. Constituyen contratos atípicos o innominados, ya que no han sido reglamentados por la ley, y las partes pueden celebrarlos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que autoriza para pactar cualquier contrato, cualquiera que sea su naturaleza, en este caso comercial, siempre que se respete la ley, el orden público y las buenas costumbres. Doctrinariamente las normas por las que se rigen los contratos innominados son:

1° Por las reglas que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad cualquiera que sea su naturaleza, que son reglas de carácter general.

2° Por las propias estipulaciones de las partes y,

3° Se aplican por analogía las reglas de los contratos nominados más semejantes, siempre que lo permita la naturaleza especial del contrato, cuando las modalidades especiales del contrato innominado que se celebra permitan la aplicación de esas reglas.

1. Se realiza a través de un medio electrónico, siendo éste el carácter distintivo de este tipo de contrato.

Conforme al Art. 1316 C., para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, que concurren como requisitos de validez del contrato celebrado por medios electrónicos, los siguientes aspectos:

1. Que sea legalmente capaz: capacidad que consiste en poder obligarse a sí misma, sin el ministerio o autorización de otra persona. La legislación civil considera capaz según el Art. 1317 C. a todas aquellas personas que la ley no declara incapaces, así el Art. 1318 C. establece que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable, claro está que el sordo capaz de darse entender por otros medios, podría hacerlo también por el medio electrónico, y en consecuencia ser sujeto de derechos y obligaciones para este tipo de contratación. El mismo artículo establece que son incapaces relativamente los menores y las personas jurídicas,

incapacidad que encuentra excepción en cuanto que los primeros son capaces de contratar cuando sus actos tengan valor por determinación de la ley, y las segundas cuando sus actos sean conformes a las reglas adoptadas por el gobierno de las mismas.

2. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio: debiendo comprender por consentimiento la conformidad entre la oferta y la aceptación, y por vicios de tal asentimiento, el error, la fuerza y el dolo. En la contratación electrónica tanto la oferta como la aceptación deberán ser propuestas por medios electrónicos, sin embargo, basta que sólo se de electrónicamente la aceptación para que el contrato sea electrónico, así por ejemplo, en la oferta de un artículo por catálogo en formato de papel, la aceptación puede brindarse bien a través de Internet o cualquier otro medio electrónico, telemático o informático.

3. Que recaiga sobre un objeto lícito, real y determinado: Para que el contrato electrónico tenga validez se requiere que su objeto exista, sea determinado y que sea de los permitidos por la ley, de acuerdo con el Art. 1332 C., al expresar que el objeto es un hecho, es necesario que sea físico y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes.

Además el Art. 1333 C. expresa que “*Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público salvadoreño*”, incluso lo que

estipula el Art. 1337 C., al establecer que dicho objeto no puede serlo de un contrato por contravenir ley expresa.

El objeto del Comercio Electrónico, por lo tanto, en la contratación electrónica lo constituyen los bienes y servicios sean estos informáticos o no, lo cual para que el contrato exista y sea válido, requiere que sean permitidos por la ley, y que no afecten ningún derecho de otra personas, como su imagen y dignidad.

4. Que tenga una causa lícita: de acuerdo con el Art. 1338 C. no puede haber obligación (aun en el contrato electrónico) sin una causa real y lícita, pero no es necesario que está sea expresada. La pura liberalidad es causa suficiente, entendiendo por causa, el motivo inmediato que induce a contraer la obligación, la cual para que tenga existencia debe ser legal.

De acuerdo con lo anterior, las cláusulas contenidas en un acuerdo contractual electrónico, se consideran igualmente válidas. Este artículo reviste importancia a la hora de canalizar por ejemplo las cláusulas de intercambio en EDI y las condiciones general de los contratos celebrados en entornos abiertos.

Del análisis anterior, con respecto a los requisitos de validez y existencia reconocidos por el Código Civil, se observa como la eficacia de los contratos dependen de las condiciones de validez y no de su forma, por lo tanto, lo importante es que se cumplan con esos requisitos establecidos para prestar el consentimiento y perfeccionar el contrato a través de los procedimiento del efecto e interpretación de los mismos, con la

salvedad de que es difícil determinar el momento y el lugar en que se entiende formado el consentimiento en la contratación electrónica, puesto que por ser un contrato entre ausentes y en tiempo real, no puede hacerse una interpretación del mismo, ni establecer en que momento se entiende aceptada la oferta.

De acuerdo con el Art. 945 Com. “*Las obligaciones, actos y contratos mercantiles en general, se sujetan a lo prescrito en el Código Civil, salvo lo dispuesto en el Título I del Libro IV del Código de Comercio*”, por lo cual el análisis de esta normativa debe hacerse en consideración con lo ya establecido en el estudio del Código Civil antes expuesto, en lo relativo a todos aquellos aspectos de la **teoría general de los contratos**, haciendo las distinciones correspondientes según la legislación mercantil, para los efectos de su aplicación en los contratos celebrados dentro del comercio electrónico.

En cuanto a los efectos de los contratos, estipulados en los Art. 1416 y siguientes del Código Civil, se puede establecer que los mismos son aplicables en materia mercantil y por ende en la contratación electrónica, siendo éstos:

- a. **La obligatoriedad del contrato**, de acuerdo con la regla “*pacta sunt servanda*”, obligando a los contratantes a cumplir lo acordado, porque constituye una ley privada y concreta entre quienes han convenido, sea actuando por sí mismos o por medio de un representante.
- b. **La responsabilidad contractual**, ante el incumplimiento por alguno de los contratantes de una o más obligaciones a su cargo. Para que esta responsabilidad se configure se requiere:

1. Existencia de un contrato válido.
2. Incumplimiento de una obligación derivado de aquel contrato.
3. Incumplimiento de un contratante en perjuicio del otro contratante.

Por lo cual, quien ocasiona un daño como consecuencia el incumplimiento o del cumplimiento defectuoso grave de una o más obligaciones derivadas de un contrato válido con excepción del caso fortuito, debe reparar el perjuicio mediante una indemnización.

Conforme al Art. 1418 C., el deudor será responsable en los contratos, y en este caso en el contrato electrónico, por la culpa leve, puesto que son contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes, entendiéndose por culpa leve, según lo expuesto en el Art. 42 C. *“La falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa”*. La única excepción aquí, es el caso fortuito, por ser el imprevisto que no es posible resistir (Art. 43 C.), a menos que el deudor se haya constituido en mora, porque si el caso fortuito es de aquellos que hubieran dañado a la cosa debida, si hubiere sido entregada al acreedor, o que haya sobrevenido por su culpa, entonces, si será responsable, debiendo reparar el daño.

En cuanto al acreedor, su responsabilidad radica si éste se ha constituido en mora para recibir (Art. 1419 C.), ya que si lo está, surgen

las obligaciones de conservar el bien hasta su entrega, hacer dicha entrega propiamente tal y correr con el riesgo de la cosa (Art. 1028 Com.). además el Art. 947 Com. Estipula que *“las obligaciones mercantiles deben cumplirse con la diligencia de un buen comerciante en negocio propio”*, y de acuerdo con el Art. 951 Com. *“El acreedor incurrirá en mora cuando sin justa causa no reciba el pago que se le ofrece... o no realice los actos necesarios para que el deudor pueda cumplir con su obligación”*.

De acuerdo con el Art. 1423 C. *“en los contratos bilaterales, como los contratos electrónicos, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Decir que en el comercio electrónico una de las partes contratantes ha incurrido en mora, se observa con mayor claridad en la modalidad indirecta, por la razón que en el directo el contrato es inmediato y a tiempo real, en cambio, en el comercio electrónico indirecto, la entrega de la cosa por medios tradicionales puede generar que una de las partes caiga en mora, una al no recibir el bien o servicio, objeto de la transacción, y la otra al no entregar el bien o prestar el servicio, especialmente, cuando se ha optado por un medio de transporte tradicional para realizar la entrega de la cosa objeto de la transacción.

- c. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro

cesante, ya provengan, de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento, tal indemnización es debida desde el momento de haberse constituido en mora alguna de las partes. Se exceptúan los casos en que la ley limita expresamente el daño emergente (Art. 1427 C.).

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a esta indemnización (Art. 1429 C.). según el Art. 960 Com. “*el deudor moroso deberá pagar el interés pactado y en su defecto, el legal, como indemnización por mora*”, calculado como la ley lo establece; pero si el acreedor estimare que los daños y perjuicios que le ocasionó la mora son mayores que los que le corresponderían, podrá reclamar la cuantía real de los mismos, si prueba que efectivamente los ha sufrido, a no ser que hubieran sido convencionalmente tasados o se hubiere fijado el tipo de los intereses moratorios.

- d. El efecto de la buena fe. El Art. 1417 C. Estipula “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe*”, puesto que no existen los contratos de estricto derecho, donde no importa tanto la voluntad de las partes al ejecutarlo sino que únicamente lo que se encuentra expresamente contenido en el mismo, por lo cual, según esta disposición deberán ejecutarse de buena fe, partiendo que la ejecución consiste en la prestación de la actividad, como algo irrevocable, y que no es materia de arrepentimiento, y que no obliga sólo a lo que se establece en él, sino a todas las cosas que emanan

precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley o la costumbre pertenecen a ella.

- e. No puede ser disuelto, ni siquiera parcialmente modificado por la voluntad unilateral, sino que cesan sus efectos por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales (Art. 1416 C.).
- f. La carga de la prueba es para el demandante, puesto que debe probar el cumplimiento del contrato por su parte y el incumplimiento de la obligación por el demandado.

En lo referente a la interpretación de los contratos, se dice que ésta es “*El procedimiento en virtud del cual se tiende a esclarecer y determinar el sentido y alcance de las declaraciones que lo forman*”. Por ello, la interpretación de los contratos tiene consecuencias prácticas tales como establecer su eficacia, el contenido y la modalidad de los derechos y de las obligaciones de los contratantes, el debido cumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de las prestaciones pactadas, lo cual puede ser aplicable a la contratación electrónica.

El sistema de interpretación que adopta el Código Civil Salvadoreño es el sistema subjetivo o individual, pues considera exclusivamente la voluntad real existente tras la declaración electrónica de voluntad expresada con mayor o menor perfección. Por ello, al dar mayor importancia y valor a la intención que a la voluntad manifestada, para interpretar un contrato se ciñe a la intención de los contratantes, para lo cual sigue las siguientes reglas:

I- Intención de los contratantes: el Art. 1431 C. contempla la regla básica: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”. Es decir, prima el elemento intencional, por lo cual, para que se aplique esta regla, es necesario que exista una contradicción entre la intención de las partes y las palabras usadas por ellas para expresarlas, por la razón que si los términos son claros y precisos, si no dan lugar a duda, hay que atenerse a su letra por lo que en éste caso no cabe la interpretación. Esta disposición no hace sino confirmar o aplicar el principio de la autonomía de la voluntad, que es la que permite contratar por medios electrónicos.

II- Interpretación Auténtica: Esta interpretación engloba tres reglas fundamentales, a saber:

- a) Interpretación armónica de las cláusulas del contrato electrónico (Art. 1435 inc. 1º C.), en virtud de la cual las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.
- b) Interpretación por la aplicación práctica de las cláusulas del contrato electrónico (inc. Final Art. 1435 C.), interpretando las cláusulas del contrato electrónico por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra. Es decir, de la manera como ha sido entendido y ejecutado el contrato.
- c) Analogía, pudiendo interpretarse el contrato electrónico tomando como base las cláusulas contenidas en otro contrato celebrado entre las mismas partes y

sobre la misma materia (Art. 1435 inc. 2º C.)

III- Interpretación doctrinal o interpretación de la aplicación de los términos de un contrato, en virtud de la cual, por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado. Las estipulaciones de las partes no pueden referirse sino a la materia que es objeto del contrato que celebran, restringiendo el alcance de las cláusulas que por su generalidad pudieran tener una aplicación más amplia.

La materia sobre la que se ha contratado determina la aplicación que debe hacerse de la generalidad de los términos de un contrato. Por consiguiente, si el objeto es una universalidad de cosas, la convención comprenderá todas las cosas particulares componen tal universalidad. Por ejemplo, si un proveedor vendió un bien informático como un software, por muy general que sea la forma de interpretar el contrato, no podrá decirse que este vendió un hardware.

IV- Sentido efectivo y sentido inefectivo: el Art. 1433 C. manifiesta que *“El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*. Se trata de una cláusula del contrato que es susceptible de dos sentidos diferentes, pero uno de esos sentidos no haría producir a la cláusula efecto alguno en el contrato, rechazando ése, en cuanto que se presume que los contratantes han querido que la misma surta algún efecto en el contrato.

V- Las cláusulas del contrato en relación con la naturaleza de éste. Según el Art. 1434 C. *“Salvo que aparezca la intención contraria, las cláusulas deberán interpretarse*

de acuerdo con la naturaleza de éste". Se trata de una cláusula cuyos términos son susceptibles de dos o más sentidos y que en cualquiera de ellos podría producir efectos, debiendo preferirse aquella interpretación que más se encuadre con la naturaleza del contrato. Por ejemplo, en un contrato publicitario por Internet, si se pacta como duración del mismo un año, y sólo se dice que el precio a pagar será de \$1000.00, surgiría la cuestión de saber si éste precio será por el año o por mensualidades. Como generalmente este tipo de contrato se cancela por mensualidades, se deberá interpretar conforme a esta regla, debiendo hacerse el pago del servicio por mes.

VI-Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen. De acuerdo con el inc. 2º del Art. 1434 C., se sobreentiende en un contrato, las cláusulas que son del uso común de estos, aunque no hayan sido expresadas por las partes. Por ejemplo, en la compraventa por Internet de un bien, como un libro, cuya aceptación se realizó por medios electrónicos, la cláusula según la cual el vendedor responde por el saneamiento por evicción al comprador, se presume existente no obstante que no aparezca en las cláusulas preestablecidas.

3.1.4 CÓDIGO DE COMERCIO

Como ya se señaló anteriormente, son de legítima aplicabilidad a esta materia las disposiciones relativas a la teoría general de la contratación antes desarrollada y amparada en la legislación civil.

Siendo el comercio electrónico un conjunto de transacciones de carácter eminentemente comercial, las relaciones que de éste se deriven deberán regirse por la

normativa contenida en el Código de Comercio, en todos aquellos aspectos que no hayan sido ya normados por el Código Civil y la especialidad que esta figura contractual representa, puesto que es ya conocido, que las normas civiles son de carácter subsidiario a las normas del derecho mercantil, rigiendo aquéllas todas las actividades que no estén reguladas de manera expresa en su contenido, haciendo la remisión expresa a la legislación civil.

Al encontrarse presentes en estas transacciones las figuras comerciante, actos de comercio, consumidor, empresa y todo aquel elemento vinculante que permita válidamente asegurar que nos encontramos en presencia de un acto de comercio le serán aplicables en consecuencia las disposiciones legales que ya han sido establecidas en este cuerpo normativo sin dejar de lado la especialidad de la figura jurídica objeto del presente estudio y de la necesidad de adaptación de la normativa mercantil a la figura electrónica en investigación. De tal forma, pueden señalarse de plena efectividad artículos como los siguientes: 1, 2, 5 que regulan el objeto, sujetos y actos propios del comercio; 411 y 488 en cuanto a la actividad desarrollada por el comerciante en su actividad mercantil; 963 y 965 como básicos en el establecimiento del pago, efectos del contrato, alcances y limitaciones de las obligaciones surgidas en materia mercantil.

Asimismo presenta indicios de la adecuación de la normativa mercantil salvadoreña a la contratación electrónica al hacer referencia en su Art. 966 el momento de perfeccionamiento de la oferta en contratos por correspondencia, figura típica de los contratos celebrados entre ausentes, de los que la contratación electrónica por Internet forma parte, adoptando la Teoría de la recepción de la aceptación más adelante desarrollada.

3.1.5 LEY DE BANCOS

Esta Ley de Carácter Especial, en su Art. 60 establece como uno de los métodos válidos de contratación los realizados por medios o soportes magnéticos o electrónicos, base esencial para la existencia y necesidad de regulación de las transacciones que en la actividad bancaria sean realizadas por medios electrónicos y que puedan dar origen a una relación contractual electrónica.

3.1.6 LEY ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES

En el Art. 38 de este cuerpo normativo se hace referencia a la necesidad de fiscalizar las contrataciones bursátiles que sean realizadas por medios electrónicos y telemáticos, efectivos representantes del Comercio Electrónico como forma de contratación y actividad mercantil.

3.1.7 LEY DEL MERCADO DE VALORES

Se establece en sus disposiciones 27.b y 45 la plena validez de las transacciones bursátiles que sean realizadas por medios o procedimientos electrónicos, y como consecuencia de la misma, la necesidad de su respectiva y efectiva regulación.

3.1.8 LEY DE ANOTACIONES ELECTRÓNICAS DE VALORES EN CUENTA

La presente Ley ha sido incorporada al ordenamiento jurídico para garantizar a los ciudadanos bajo una perspectiva constitucional la libre contratación con las bolsas de valores y las centrales de depósitos y custodia de valores, así como para garantizar a las instituciones legalmente autorizadas la realización de dichas operaciones, concediéndoles por medio del presente cuerpo normativo la herramientas jurídicas necesarias para hacer uso de las tecnologías de la información para tal efecto.

3.2 ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA EN LA PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES EN INTERNET

No cabe duda que Internet ha revolucionado al mundo, los usos y costumbres sociales se vieron afectados por este desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación, originándose a su vez situaciones nuevas que las legislaciones no habían previsto. El uso y disfrute de Internet satisface las demandas de consumo, comunicación y contratación que las empresas y los usuarios necesitan, de ahí la vital importancia de evitar que se produzcan daños y abusos en aquellas relaciones comerciales que día a día se realizan en la red.

En Internet, todas o al menos la gran mayoría de las actividades se realizan a través de la ejecución y/o celebración de actos y/o contratos, la diferencia reside fundamentalmente en que los actos y contratos son celebrados electrónicamente, y es por ello que se habla de *comercio electrónico*. Si estos actos y contratos tienen por objeto la contratación de servicios y/o la compra de bienes, entonces, se estará frente a la denominada *contratación electrónica*, que no sería sino una forma de aquella forma de comercio.

El comercio, ya sea que se realice electrónicamente o de la forma más tradicional posible, es siempre intercambio de bienes y prestación de servicios por un aporte económico. Sin embargo, esta nueva forma de contacto entre proveedores de bienes y servicios por una parte, y por la otra, consumidores, hacen que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables, o siendo aplicables no regulen ciertos aspectos que deben ser considerados al momento de hablar de esta figura.

El comercio electrónico ha empezado a tener repercusiones extraordinarias en la estructura de los mercados y normativas, cambios que han generado una problemática fundamentalmente a nivel jurídico. Los aspectos jurídicos de esta forma de contratación, se centran en la seguridad jurídica.

El comercio electrónico al ser inherentemente global, carecer de fronteras y ser marcadamente virtual, tiene la particularidad de ser percibido como extremadamente inseguro, percepción que se ve reforzada por la carencia de un marco normativo de fácil aplicación al medio, pero también debe evitarse una desmedida y apresurada generación de leyes que obstaculicen el desarrollo del mismo.

Los aspectos legales que deben ser revisados, y de ser necesario modificados y complementados para crear un marco jurídico eficaz en la regulación de la contratación electrónica y en particular para el Comercio Electrónico son:

- a. Validez de la contratación electrónica, formación del consentimiento, tribunales competentes y legislación aplicable.
- b. Firma digital, prestación de servicios de certificación, validez de los mensajes de datos o documentos electrónicos.
- c. Protección del consumidor, mediante el análisis de los derechos y obligaciones de los agentes que intervienen en el comercio electrónico como los proveedores de servicios y bienes y de los consumidores, y la protección de los datos de carácter personal de éstos.
- d. Establecimiento de medios de pago seguro.
- e. Protección de la propiedad intelectual.

- f. Legislación sobre telecomunicaciones para lograr la masificación del acceso a Internet.
- g. Tributación en Internet.
- h. Protección penal, en especial a través de la tipificación del fraude informático.

El presente estudio tendrá como objeto, el análisis de los cuatro primeros aspectos, puesto que son los que presentan mayor vinculación con las relaciones contractuales electrónicas realizadas en Internet, no así los cuatro aspectos restantes, que deberán ser objeto de estudios especializados en las respectivas áreas.

3.2.1 DESPROTECCIÓN DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES EN INTERNET

Actualmente uno de los principales obstáculos para el eficaz desarrollo del comercio electrónico lo constituyen las normas de celebración y ejecución de contratos, puesto que las disposiciones convencionales no funcionan adecuadamente en entornos digitales, generando incertidumbre sobre la posibilidad de su efectivo cumplimiento.

En este ámbito, los problemas jurídicos esenciales que se presentan son seis, a saber:

1. Los relacionados con la validez del acuerdo formalizado digitalmente.
2. Los relativos a la posibilidad de exigir el cumplimiento contractual.
3. Los referentes a la resolución de disputas.
4. Protección a los derechos del consumidor.
5. Problemas de privacidad y confidencialidad, y

6. Establecimiento de medios de pago seguros.

1. Validez del acuerdo formalizados digitalmente.

Se refiere al acuerdo que cumple con los requisitos que la doctrina y los distintos ordenamientos jurídicos han estipulado para que surta efectos de derecho, siendo los principales problemas jurídicos en torno a esta validez los siguientes:

- 1.1 Imputabilidad de la declaración de voluntad: Es necesario construir una regla para atribuir la declaración a la esfera de interés de un sujeto. La voluntad de los contratantes se expresa por el medio electrónico, lo que significa que la declaración negocial es transmitida mediante algoritmos que se dirigen a un receptor que los recibe y que comunica su aceptación por intermedio de ellos, produciéndose una despersonalización de la declaración de voluntad, ya que el emisor de la misma es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto. En un sistema jurídico basado en la tradición de unir la declaración con la voluntad, y ésta con la persona física, habría que hacer un gran esfuerzo para realizar una imputación donde el sujeto emisor no es detectable en forma inmediata, o bien, existe duda sobre la persona de éste, o ha mediado vicio del consentimiento alguno en la formación de tal declaración de voluntad.

- 1.2 Distribución de riesgos: Debe disponerse de una regla aplicable a la declaratoria on line, puesto que, aunque se identifique al autor, existen riesgos en la emisión de tal declaratoria, puesto que puede haber sido adulterada, cambiada, borrada, captada por un tercero o enviada por un desconocido.

- 1.3 Formación del consentimiento: Se deben precisar las características especiales que presentan la oferta, la aceptación y la adhesión en los medios electrónicos, y los momentos en que cada una de estas fases se consideran agotadas, todo con el fin de determinar el momento preciso de que estas etapas surtan efectos jurídicos, o bien si adolecen de vicios eliminando los efectos legitimantes de actuación y liberatorios de responsabilidad.
- 1.4 Lugar y tiempo de celebración: Un elemento determinante en relación a la contratación electrónica, consiste en establecer cuando y donde se perfecciona el vínculo, es decir en qué momento y lugar el consentimiento de las partes se entiende formado, ya que será tal perfeccionamiento de voluntades, el que permitirá establecer el momento en que un contrato producirá sus múltiples efectos jurídicos, salvo, aquellos contratos que para su perfeccionamiento requieren del cumplimiento de solemnidades (los cuales actualmente no pueden ser celebrados ni perfeccionados a través de la contratación electrónica), situación que en el futuro podrá ser solventada a través de las notarias electrónicas.

Establecer el lugar donde el consentimiento ha sido formado permitirá fijar el tribunal competente para conocer de las controversias que se deriven de la ejecución de dicho contrato y la legislación aplicable al mismo. Asimismo, determinar el tiempo en que fue formado el consentimiento permite conocer el momento exacto en que se perfecciona el vínculo jurídico, dando como resultado que:

- i- Surtan derechos y obligaciones de un contrato y que puedan ser ejercidos o demandados por la otra parte del mismo.
- ii- El oferente ya no puede retractarse de su oferta, y
- iii- Se de inicio al plazo de prescripción o caducidad de las acciones que correspondan.

1.5 Grado de utilización del medio digital: La contratación por medios digitales puede influir sobre el mero transporte o sobre la elaboración de la declaración de voluntad, sobre el objeto, sobre la documentación, sobre el carácter instantáneo o de duración del vínculo, todo lo cual hace que los diversos supuestos reciban tratamiento diferente.

2. ***Posibilidad de exigir el cumplimiento contractual***

El comercio electrónico como una modalidad de contratación presenta diversos problemas relacionados al cumplimiento de los términos contractuales, a saber:

2.1 En cuanto a la responsabilidad jurídica derivada de la comercialización en entornos digitales. Enfocándose desde dos aspectos:

- I- El primero de ellos está vinculado a los intermediarios que transmiten o almacenan información: centrado en los regímenes de responsabilidad aplicables a los prestadores de servicios de comercio electrónico, en tanto intermediarios que transmiten o almacenan información generalmente proveniente de terceros, por ejemplo las entidades certificadoras. Aquí el problema gira en torno a determinar en qué medida pueden ser considerados responsables por los contenidos ilícitos, indecentes o nocivos que puedan ocasionar detrimento al cumplimiento contractual.

II- El segundo aspecto se refiere a la relación contractual que se establece entre comprador y vendedor de los bienes y servicios comercializados por Internet, destacándose que es dificultosa la verificación del cumplimiento de los requisitos impuestos legal o estatutariamente cuando se trata de entornos virtuales, ámbito en el cual es difícil determinar la identidad de los contratantes o el asiento geográfico de las partes, ya que pueden ser empresas con domicilio y que funcionan en el mundo físico, que poseen activos tangibles y que están sujetas a los controles pertinentes, o bien pueden ser organizaciones enteramente virtuales, que no poseen asientos físicos con la consecuente dificultad para efectivizar el control de su actividad.

2.2 Para exigir su cumplimiento el documento electrónico firmado digitalmente debe ser válido como prueba en juicio, por lo cual, en el plano procesal para demostrar la veracidad de un acto jurídico o contrato, el problema se centra fundamentalmente en la aceptación del instrumento digital como medio de prueba, puesto que en ocasiones los pronunciamientos judiciales, ante el vacío legal, no son contestes al momento de decidir sobre su valor probatorio y oponibilidad a terceros.

2.3 En el plano sustancial, al hablar de la exteriorización de la voluntad instrumentada digitalmente para que sea exigible a la otra parte contratante, deben examinarse las formas de los actos y contratos, y el problema que se presenta fundamentalmente es la aparente contradicción con aquellas normas que aluden expresa o implícitamente al papel, a la escritura y a la firma del derecho

común, con esta nueva forma de contratación por medios electrónicos. Tal es el caso, en la recepción de los instrumentos privados que por estar asentados en un soporte digital, presentan inconvenientes con los requisitos de escritura, la firma y los originales. Esto último, porque presentan el problema de falta de un original, puesto que en un formato digital no se puede hacer distinción entre original y copia.

Por falta de normas vigentes que dispongan al respecto, en caso de los contratos, las partes deberán pactar incluso el reconocimiento mutuo del medio digital y acordar la validez del contrato que celebrarán de este modo. Por lo cual debe regularse jurídicamente para los contratos y no permitir su vulnerabilidad:

- a. La validez de la instrumentación para las partes.
- b. La validez de la escritura digital.
- c. La validez de la firma digital, y
- d. La determinación de que los contratos así celebrados producirán los mismos efectos jurídicos que los instrumentados de manera convencional. Evidentemente es crucial, poder atribuir inequívocamente la autoría del mensaje o de la declaración de voluntad, de otro modo, resultaría dificultoso o imposible hacer efectivo el cumplimiento de la obligación contractual acordada digitalmente, y por lo tanto, habría una desprotección a la relación contractual dentro del comercio electrónico.

3. *Resolución de las disputas:*

Si bien en la resolución de controversias del comercio electrónico deben ser atendidas cuestiones tales como la determinación de la legislación aplicable y la fijación

de la jurisdicción competente, el tema se vuelve particularmente complejo en el caso de los pequeños litigios. Ello se debe a que los problemas surgidos en este tipo de transacciones no justifican la disposición de recursos que significan gravosas actuaciones judiciales o el sometimiento a los arbitrajes internacionales tradicionales, además que debe enfrentarse con los problemas inherentes de la transnacionalidad.

Con respecto a la jurisdicción competente y legislación aplicable, el problema jurídico existente radica en el hecho de que los usuarios al conectarse a Internet desde cualquier parte del mundo hacen de ese contacto una relación multijurisdiccional, a ello se le suma la complejidad con que se realizan los enlaces a través de las redes digitales y las telecomunicaciones, lo que ocasiona que la información cruce diferentes países antes de llegar a su destino. Esto es así, porque las direcciones IP (Protocolos de Internet) no están situadas espacialmente y, como consecuencia de ello, los *routers* o encaminadores que llevan la información en paquetes sólo la pueden direccionar mediante una tabla de ruteo por vez hasta el próximo punto lógico que esté disponible para llevar la información, y luego alcanzar la dirección específica.

Estas circunstancias hacen que surjan diversas cuestiones de índole *ius privatista* internacional. Una de ellas es la de la jurisdicción competente para una controversia dada que, según la teoría y el elemento de la relación jurídica de que se trate, podrá ser la de la *lex fori* (ley del foro) o *lex rei situs* (ley del asiento de las relaciones jurídicas).

Otra es la de la legislación aplicable, y en estos casos algunas corrientes mencionan que el criterio a seguir es el de la *lex causae* (ley que regula el fondo de la cuestión), en otras ocasiones se atiende a la nacionalidad de las partes o de acuerdo a la

lex loci actus, y finalmente, el reconocimiento y cumplimiento de las decisiones judiciales tomadas en jurisdicciones extranjeras.

El comercio electrónico ha ocasionado que todas estas consideraciones propias del derecho internacional privado adquieran un matiz especial, puesto que en el caso de una relación jurídica en la que cobra relevancia el elemento contractual, (es decir, las personas en ejercicio de la autonomía de la voluntad que contratan y se obligan lícitamente), las partes no sólo están ubicadas en países diferentes, sino que, además existen otros factores que hacen que esa relación sea mucho más compleja.

En efecto, estos factores, son por ejemplo, la participación de los proveedores de servicios de Internet, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de seguridad de redes, la ubicación de los servidores que contienen la información, todo lo cual hace, por un lado que sea verdaderamente incierto el lugar de celebración y ejecución de un contrato, y por otro, que la relación pueda tener determinados efectos en cualquier punto del planeta.

Por esta razón, en el contexto del comercio electrónico la resolución de las controversias mediante el Derecho Internacional Privado, por el momento no ha demostrado ser suficientemente eficiente, dejando a las partes frente a una posible jurisdicción no conveniente, y por lo tanto creando un estatus de no protección de las relaciones contractuales creadas dentro del mismo.

4. *Protección a los derechos del consumidor*

El comercio electrónico puede ofrecer a los consumidores nuevos y sustanciales

beneficios, tales como el acceso a una variada gama de bienes y servicios, y la información que se puede obtener sobre estos, pero también tiene las características de que las transacciones que se realizan involucran personas (físicas o jurídicas) ubicadas en distintos países, lo cual genera que las circunstancias que rodeen este tipo de operaciones sean totalmente extrañas para los consumidores, no habituados a mercados internacionales y que por tanto, desconozcan sus derechos y obligaciones contractuales.

Para los efectos didácticos de este estudio, los problemas jurídicos que se generan dentro del comercio electrónico, y específicamente en relación a la protección del consumidor como la parte débil de dicha relación jurídica, deben ser separados en tres, tomando en cuenta las etapas por las que atraviesa dicha relación, éstos son:

- I. Aquellos que se generan en la fase *precontractual*, que inciden determinadamente en la celebración del contrato y su contenido.
 - II. Los que se generan en el momento de *celebración del contrato*, y que inciden en su contenido y su objeto.
 - III. Finalmente, aquellos que generan el *incumplimiento de los términos contractuales* acordados dentro del mismo.
-
- I. En la fase precontractual en Internet, se debe examinar la publicidad y las prácticas comerciales realizadas dentro del mismo. El problema radica, en que aun siendo actividades lícitas, en algunos supuestos su objetivo es crear “cautividad” en el consumidor, disminuyendo el discernimiento de éste en el acto genético del contrato. Entre ellos se pueden mencionar:
 - a. El abuso del medio publicitario que determina el obrar del consumidor. La publicidad es abusiva cuando es discriminatoria, incita a la violencia,

aprovecha las deficiencias de juzgamiento o experiencia de los niños, etc.

- b. La seducción desmedida que se hace preferentemente mediante la publicidad inductiva.
- c. La distorsión en la información sobre los productos o servicios. Esto incluye, los servicios informáticos dirigidos al consumidor particular, por la vía del marketing directo y la publicidad engañosa.
- d. Y finalmente, aquellas practicas comerciales que no se ajustan a la buena fe: condicionar la adquisición de un producto a la adquisición de otro, enviar al consumidor un producto o servicio sin que lo haya solicitado, etc. Estos casos no constituyen oferta, sino conductas que tienden a condicionarla, atrapando el asentimiento del consumidor.

- II. En cuanto al momento contractual y contenido de éste, el problema radica generalmente, en la incorporación de las llamadas “*cláusulas abusivas*” dentro del contrato, esto se debe a que en el comercio electrónico, la mayoría de las transacciones se realizan a través de contratos por adhesión, es decir, aquellos en que la parte contratante, el consumidor, se adhiere o acepta las condiciones predispuestas por la otra parte, el proveedor, sin una voluntad consensual o adhesiva explícitamente, ya que en ocasiones, si no lo hace, no puede usar este modo de contratación, y una vez que se adhiere, se le otorga efectos legitimantes a su actuación y liberatorios de la responsabilidad, lo que es inadmisibile.

Entre estas cláusulas abusivas se pueden mencionar: aquellas que imponen renuncia o restricción de derechos del consumidor o amplíen los

derechos de la otra parte, aquellas que limitan la responsabilidad por daños, las que permiten modificar el contenido del contrato, etc.

En cuanto a la protección del consumidor con respecto a sus derechos y las correspondientes obligaciones del proveedor de servicios y/o bienes, desde la óptica del objeto mismo de la relación, esto es, los servicios prestados y los bienes vendidos, el problema presentado es que en el comercio electrónico las transacciones se realizan a distancia, en donde consumidor y proveedor no tienen contacto físico, por lo cual es posible que exista un mayor grado de disconformidad entre la información que se ha proporcionado del producto por parte del proveedor, y las características reales de éste, en cuanto que, el consumidor no tiene un contacto real con el producto y conoce de él sólo por lo que el proveedor menciona en el sitio electrónico donde lo oferta.

Es por lo anterior, que por una parte, el consumidor debe ser protegido mediante la implementación de nuevos derechos o el desarrollo de los ya existentes, y por la otra, el proveedor debe ser sometido a nuevas obligaciones como exigencias del deber provisión de información precisa del bien objeto de la transacción.

Un aspecto muy importante de donde se debe partir para una protección del consumidor es definir que comprende el término “*consumidor*”, a qué tipo de relación jurídica se refiere, qué es un proveedor, etc., para saber cual es el campo de aplicación de la ley especial de protección al consumidor, y determinar los aspectos que son aplicables al fenómeno del comercio electrónico y establecer

los vacíos jurídicos que ella presenta para regular esta nueva modalidad de comercio, con el fin de establecer los nuevos derechos y obligaciones que se generan de dicha relación comercial.

- III. Finalmente, en la etapa post contractual, donde se debe ejecutar el contrato y cumplir con los términos que se establecieron dentro del mismo, además de los problemas jurídicos en cuanto a la posibilidad de exigir el cumplimiento contractual, analizados anteriormente, en la protección al consumidor se destacan los siguientes problemas jurídicos:
- a. Que al realizar cualquier tipo de transacción por Internet, el derecho de los consumidores a la reparación de los daños causados es gravemente vulnerado, porque no existen normas jurídicas que establezcan la responsabilidad de los proveedores frente a los daños ocasionados por el producto o servicio recibido, ni tampoco normas que señalen la forma de hacer cumplir al proveedor con el pago de la indemnización correspondiente.
 - b. Carencia de políticas de devolución de bienes por parte de las compañías o proveedores.
 - c. La poca o inexistente información sobre como quejarse en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones.
 - d. La falta de solvencia económica para responder a las obligaciones contractuales, entre otros.

Es necesario enfatizar en otro problema con respecto a los subconsumidores, porque es una categoría de sujetos que necesitan protección especial, ya que en esta modalidad de contratación pueden ser sujetos del mismo,

pero con la diferencia de su capacidad limitada, como los ancianos y niños, y que por ello, poseen una actitud diferente frente a la tecnología y corren el riesgo de exclusión social si no hay normas que les faciliten el acceso, siendo vulnerables dentro del comercio electrónico.

5. *Problemas de privacidad y confidencialidad.*

El desarrollo de Internet y del comercio electrónico ha generado una amenaza para la privacidad de los consumidores nunca antes vista. Internet permite a los proveedores recolectar, analizar y usar la información con gran facilidad y eficiencia.

Existe una desproporción entre la cantidad de información solicitada a los consumidores al momento de realizar una transacción en Internet, en relación a aquella que comúnmente solicita cuando se adquiere un bien o se contrata un servicio en el comercio tradicional. Junto con lo anterior, es común en Internet el ofrecimiento de servicios gratuitos a cambio de información de los usuarios.

Pareciera ser que el objeto consiste en obtener la mayor cantidad posible de información sobre el consumidor, para poder determinar sus intereses y hábitos de consumo, creando verdaderos perfiles humanos y así poder dirigir una publicidad que difícilmente el consumidor podrá rechazar.

El problema radica en la posibilidad de venta o cesión de la información personal de los usuarios sin el consentimiento de los titulares de la misma, puesto que las medidas de seguridad contempladas para almacenar los datos personales no son suficientes y pareciera ser que ya es costumbre que los sitios web sufran intromisiones a sus bases de

datos, acompañadas de la sustracción por ejemplo de los números de tarjetas de crédito de sus clientes.

Cabe agregar que la información es recolectada sin comunicar a los consumidores como la misma será usada, con qué mecanismos de protección cuenta el sitio para proteger la información y qué derechos tiene el consumidor para con su propia información.

Es una realidad que el sistema implantado en la mayoría de servidores que ofrecen comercio electrónico en la red, únicamente garantizan la integridad y confidencialidad de los datos en tránsito en el momento de la transacción, pero no permiten controlar el uso que de los mismos puede hacer el agente prestador del servicio, generando una desprotección en la relación contractual electrónica, ya que siempre es necesaria la intervención de estos para realizar cualquier tipo de actividad.

En el comercio tradicional la utilización del dinero efectivo, es una forma de conservar la intimidad y privacidad del individuo cuando adquiere bienes o servicios, evitando así, que en alguna forma el vendedor necesite conocer su identidad. Situación diferente sucede en las compras hechas por Internet, pues lo usual es suministrar los datos personales (dirección, nombre, etc.), con el número de tarjeta de crédito, el cual expone al comprador a que se vincule su identidad con los bienes y servicios adquiridos. El proveedor puede alquilar o vender dicha información a otras compañías dedicadas a la publicidad directa o a negocios alternos, información que puede ser utilizada en la publicidad a través de los siguientes mecanismos:

- a. ***Cookies***: los consumidores o usuarios desconocen el hecho que su navegación en Internet puede ser gravada a través de mecanismos de seguimiento. En este sentido, las compañías del comercio electrónico utilizan numerosos métodos para identificar y efectuar el seguimiento de los consumidores o usuarios de la red. Un cookie es un pequeño archivo que es puesto en el disco duro del computador del usuario por el sitio web, contiene un número único generado por el sitio, el cual consiste en un grupo de caracteres comprensibles solo para el sitio. La función de la cookie es notificar al sitio que el consumidor ha vuelto y puede permitir al sitio efectuar un seguimiento de la actividad del usuario a través de su nueva visita.
- b. ***Spam***: esto es el envío masivo de correos electrónicos no solicitados, es una prueba respecto a como los datos relativos a las direcciones de correo electrónico de los usuarios circulan libremente a través de la red. Las direcciones de correo electrónico son comprados a sitios inescrupulosos o tomados secretamente de grupos de discusión o chats. Inclusive, a veces el mensaje de “retorno o reenvío” respecto a no desear recibir más correspondencia, sólo tiene por objeto poder verificar si los correos electrónicos corresponden a sus supuestos titulares.

6. ***Establecimiento de medios de pago seguros.***

La mayor dificultad que presenta Internet para que se produzca un desarrollo definitivo del comercio electrónico, está fundamentada en problemas de índole jurídico – civil relacionadas con el pago de las transacciones.

El pago en el comercio electrónico en cualquiera de sus modalidades, requiere de métodos de pago digital instantáneo, especialmente cuando se trata de pequeños montos y los potenciales consumidores son anónimos y están distribuidos por todo el mundo, todos estos factores hacen que los procesos tradicionales de facturación se tornen impracticables. Es por ello que en el ámbito jurídico existen varios problemas en cuanto a la necesidad de aceptar dentro del ordenamiento jurídico de cada país el sistema de pago digital, la posibilidad de proteger la identidad del consumidor, la posible convertibilidad de monedas extranjeras a la nacional, la confiabilidad y seguridad.

Se puede afirmar que las implicancias jurídicas de los sistemas digitales de pago se traducen en un amplio espectro de riesgos, tales como el quebrantamiento a los sistemas que pueden llevarse a cabo por medio de robos y hurtos, utilización del sistema con fines ilícitos (como el lavado de dinero), violación a la privacidad de las personas con respecto a las cuales el sistema maneja información; la dificultad de armonización de los regímenes tributarios vigentes a escala internacional, como por ejemplo los principios tradicionales de residencia y nacionalidad, la carencia de regulaciones sobre la materia, etc. Fundamentalmente, los problemas medulares de estos sistemas tienen que ver con la transnacionalidad de las operaciones que se realizan.

El mayor riesgo relacionado con las transacciones vía Internet a través de las tarjetas de pago digital son las consecuencias de un fallo o error en la seguridad y quién debe asumir la responsabilidad del hecho, puesto que en la práctica, en las tarjetas de crédito el riesgo es a cargo del consumidor y no por parte de la entidad emisora del instrumento de pago, ya que ésta tiene la facultad de realizar todas las transacciones que

hayan sido remitidas por el comerciante, aún si no están firmadas, siempre y cuando su titular no la haya notificado como pérdida, robada o falsificada.

A pesar que en el sistema de pagos vía digital se ha avanzado mucho en el desarrollo de tecnologías que disminuyan los riesgos de fraude, se ha detectado que se hacen cargos de bajos montos a numerosas tarjetas, los cuales resultan difíciles de descubrir antes de que se produzcan, en algunos casos se hacen a nombre de un sitio pornográfico, con lo cual el titular está menos inclinado a reclamar por temor a repercusiones.

Aunque se analiza mucho la posibilidad de realizar transacciones con tarjetas a través de Internet, se genera una inseguridad muy grande y por lo tanto, desprotección a los sujetos de la relación contractual electrónica, principalmente al sujeto débil de dicha relación, el consumidor. Esta circunstancia evidencia la necesidad de desarrollo de marcos jurídicos que contemplen específicamente la emisión de moneda digital, la cual lleva implícita la obligación estatal de implementar los controles adecuados para garantizar la estabilidad y seguridad del sistema en su conjunto.

CAPÍTULO CUATRO

“Elementos de la Relación Contractual Electrónica”

4.1 RELACIONES CONTRACTUALES EN INTERNET

La contratación y los actos jurídicos en general, realizados por medio de la electrónica, la informática y la telemática, determinan el nacimiento de derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales de una determinada forma y manera, vínculo que ha sido denominado *Relación Contractual Electrónica*.

La contratación y el comercio electrónico representan una nueva modalidad constitutiva de obligaciones, no una nueva fuente de éstas, ya que se trata de una nueva forma de expresión de la voluntad derivada de los avances tecnológicos que hoy en día facilitan la transmisión electrónica de mensajes de datos, agilizando las transacciones comerciales.

No obstante que los soportes, formas y maneras denominados “digitales” difieren de los habituales, las relaciones contractuales electrónicas conservan los mismos elementos que aquellas consideradas comunes, son válidas y existirán jurídicamente desde que una o varias personas consientan sin error, libre y voluntariamente, a obligarse entre ellas, a darse alguna cosa o prestarse algún servicio lícito y con causa, de modo que el concurso de la oferta y de la aceptación expresadas por medios y sobre soportes electrónicos, o realizadas con la ayuda de programas o elaboradores electrónicos perfeccionará tal relación con base a la normativa tanto general como específica de la materia.

Es al desarrollo de los aspectos mencionados a los que se dirige el presente capítulo, pero tomando en cuenta las particularidades de este tipo de relación comercial,

los instrumentos necesarios para su perfeccionamiento, así como de todo aquel elemento fundamental para el surgimiento de la relación contractual electrónica.

4.1.1 LIBERTAD CONTRACTUAL Y LIBERTAD DE CONTRATAR

En materia contractual, el sistema jurídico salvadoreño se centra sobre la base de la Libertad y de la Autonomía de la Voluntad, garantizadas respectivamente en los artículos 2 y 8 de la Constitución de la República de El Salvador⁵⁶, entendiéndose que las personas gozan de libertad para ejercitar sus facultades y derechos, dando vida a las diferentes relaciones jurídicas, y de esta manera ejerciendo su autonomía privada, que es una facultad concedida por el Estado a los particulares, con la cual les confiere la potestad normativa de autorregularse y reglamentar sus intereses jurídicos, generando una relación obligacional entre las partes contratantes.

Esta Autonomía Privada es ejercida a través de dos principios constitucionalmente amparados: *Libertad de Contratar y Libertad Contractual*.

La Libertad de Contratar, es aquella que tiene el particular para decidir por sí mismo si contrata o no, cuando los particulares deciden con quien contratar ejercen este derecho regulado en los artículos 2 , 3, 22 y 23 de la Constitución de la República.

Específicamente este derecho garantiza que los sujetos puedan escoger libremente a las personas con quienes han de contratar, no obstante la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de

⁵⁶ Recopilación de Leyes Civiles Constitución de la República de El Salvador. Editorial Jurídica Salvadoreña. 14ª Edición. 1999. (De aquí en adelante al hacer mención al presente cuerpo normativa deberá tomarse como base la Edición aquí establecida).

derecho, impidiendo así las modificaciones de los términos contractuales por ley o disposiciones de cualquier otra naturaleza.

La *Libertad Contractual*, es aquella por la cual las partes fijan el contenido de su contrato siempre y cuando éste no atente contra el orden público y las buenas costumbres, libertad perfectamente garantizada en el artículo 1416 del Código Civil de El Salvador⁵⁷ y en el artículo 965 del Código de Comercio⁵⁸, el cual establece: “*Todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de estas o por causas legales*”.

En virtud de lo antes expresado, se está en la posibilidad de celebrar cualquier tipo de contrato y establecer el contenido, por más que no se encuentre regulado por nuestra legislación, siempre y cuando cumpla con los requisitos antes señalados, siendo de aplicación supletoria a la voluntad de las partes las disposiciones vigentes que tengan carácter de imperativas.

Analizado que ha sido el fundamento de la libertad de contratación de los sujetos, se vuelve necesario el estudio de cada uno de los aspectos que se ven incluidos dentro de la relación contractual electrónica.

4.1.2 IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ELECTRÓNICAS

La identidad de las personas intervinientes en este tipo de relación constituye la

⁵⁷ Recopilación de Leyes Civiles, Código Civil. Editorial Jurídica Salvadoreña. 14ª Edición. 1999. (De aquí en adelante al hacer mención al presente cuerpo normativa deberá tomarse como base la Edición aquí establecida)

⁵⁸ *Op. Cit.* pp 36

determinación de su personalidad a efectos de atribución de los derechos y obligaciones que como partes del vínculo creado les corresponden.

La identificación clara e indubitable de las partes en los contratos es necesaria, en cuanto que el Artículo 1416 del Código Civil, delimita los efectos de los contratos a las partes que los otorgan volviéndose necesaria la determinación de estos sujetos.

En la contratación tradicional, la identificación de las partes se realiza fundamentalmente a través de los nombres y apellidos propios de las personas naturales y los demás datos consignados en el Documento de Identidad que para tal efecto sea presentado por el interesado, o bien si se trata de personas jurídicas a través de su razón social y de los demás datos consignados en la Escritura Pública de Constitución de la misma.

Por lo general, y dependiendo del tipo de negocio jurídico electrónico de que se trate, los usuarios o partes contratantes son identificados con un login y un password, asignados por los proveedores del servicio, así en las redes de comunicación como Internet, se otorga un nombre de usuario, una contraseña y una dirección de correo electrónico para quien así lo requiera.

En cuanto a los servicios de acceso a Internet y por tanto a los servicios de contratación, es necesario solicitar tal función a un proveedor de servicio mediante el abono de la cuota que éste estipule. En esta contratación se determina la configuración del acceso, el bloque horario y el domicilio de pago de las cuotas de abono y de tiempo de utilización, las condiciones de servicio, pero sobretodo y es lo que importa, el

requiriente se identifica con su nombre, domicilio y en el caso de acceso conmutado con su número de teléfono. El proveedor debería constatar la veracidad de lo declarado y validar estos datos, incluso a efectos de ulterior responsabilidad por errores o falsedades; de no ser validados tales datos, la identificación en la red del particular y en la posible contratación podrá no ser la real.

4.1.3 LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

No sólo tiene que estar identificadas y comprobadas la autoría de las partes, hay que determinar si ostentan la capacidad legal de obrar y de contratar necesaria y suficiente vinculada con el consentimiento.

Este aspecto es especialmente delicado en la contratación electrónica, puesto que faltan los datos obtenidos por apreciación directa entre las partes, significativos en la determinación de la capacidad de los contratantes, entre otros, donde la presunción de la capacidad tiene más base por conocimiento externos como: comprobación de la sede, de la actividad, mayoría o no de edad, la carencia de conocimiento natural, inteligencia, voluntad, etc.

No obstante se supone que el problema se minimiza debido al avance de las últimas tecnologías que permiten tener en pantalla la imagen, la voz e incluso la escritura en directo de la otra parte, pero en países como El Salvador, en los que la tecnología de las comunicaciones recién inicia su trayecto, contar con el equipo necesario y suficiente para tal actividad es casi imposible.

Debe recordarse que con base al principio de la buena fe (Art. 1417 C.), se presume que todos los sujetos intervinientes en una relación contractual electrónica son capaces, y que tal presunción se desvirtúa si existe la declaratoria judicial que a efecto señala el Art. 292 del Código de Familia⁵⁹, en la que se determina la incapacidad del sujeto para contratar.

La comprobación de esta capacidad implica serias dificultades, teniendo en cuenta que las partes nunca están en presencia de la otra, sin embargo, en estos casos, las precauciones para que no se cometan defraudaciones estarán a cargo del proveedor de productos o servicios a través de la red, lo usual sería que antes del momento de la contratación electrónica se lleven a cabo actos de comprobación de esta capacidad con preacuerdos. Pero también debería ser comprobado en el momento de contratar el acceso a la red por el centro proveedor, al suscribir el contrato de prestación de servicios on line con el usuario, así, la única forma de contratar sería haciendo uso de claves o documentos pertenecientes a otra persona.

Si la incapacidad fuera sobrevenida con posterioridad a estas comprobaciones, obrando de buena fe, debería ser comunicado al centro proveedor, absteniéndose de realizar contratos, puesto que deberían ser anulables.

4.1.4 LA REPRESENTACIÓN

En la contratación electrónica no es fácil en algunos casos determinar con exactitud la naturaleza de la representación con que se actúa. En cualquier caso se entiende que, el ordenador o sistema experto, opera como un instrumento interpuesto

⁵⁹ Recopilación de Leyes Civiles. Código de Familia. Editorial Jurídica Salvadoreña. 14ª Edición. El Salvador. 1999. 550 páginas

entre el emisor y receptor, que transmite o refleja la voluntad o parte de ella, en algunos casos en diferido del titular, y no se trata de un representante del usuario en el momento de llevar a cabo alguna transacción.

Hay que tener en cuenta que la contratación electrónica puede llevarse a cabo:

- a- Por el operario propio del sistema informático, operador material pero no representante.
- b- Por un tercero que simula que la contratación la celebra directamente el titular, cuando en realidad es realizada por él, con la autorización y consentimiento del titular, que le transfiere sus claves, este proceder es en principio ilícito en cuanto que la clave es personal e intransferible y permite la comisión de hechos fraudulentos. Esta situación puede ser prevista, haciendo entrega de claves al representante que identifiquen la representación autorizada y, distinta de la del representado, atribución que debe estar a cargo de las entidades certificadoras.

La representación en la contratación electrónica puede ser:

1. Contratación efectuada por un representante sin que nunca se le hubiese facultado para ello.

Se trataría de la figura del *falsus procurator* o de un *negotiorum gestor* que excede su mandato efectuando una contratación electrónica, o tiene un mandato ineficaz o no tiene autorización ni representación. (Art. 1321 C.). El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante, esto determinaría un negocio jurídico en estado de

suspensión, subordinado a una *conditio iuris*, con las posibles siguientes consecuencias:

- a. Inexistencia del contrato, si la parte contratante que intervino por sí, lo revoca antes de la ratificación de la persona en cuyo nombre se obró, o si hubiera fallecimiento o incapacidad sobrevenida de cualquiera de los contratantes sin haber sido ratificado.
- b. Validez del contrato, si es ratificado por la persona en cuyo nombre se actuó, prestando consentimiento a posteriori, y con efectos desde el día de su celebración.

2. Contratación efectuada por un representante con poder revocado.

Si un mandatario con poder revocado, realiza una contratación electrónica, y la persona “titular”, en cuyo nombre se obra, omitió la comunicación de la revocación del poder a éste, el mandante es enteramente responsable de lo obrado por aquel (Art. 1931 C.) en virtud del principio de buena fe con que actúan las partes en la contratación, y por no haber mantenido la diligencia debida.

3. Contratación efectuada por un representante con poder para ello.

La representación con poder, otorga la misma eficacia al contrato que el realizado por el titular (Art. 1319 C.). En la representación, el representado titular delega sus facultades propias de poder o mandato al representante quien debe aceptarlas, actuando por cuenta y en nombre del representado cuya voluntad será la que se exprese en el contrato.

4. Contratación efectuada por un representante presunto.

Se presume que una persona es representante de otra cuando ésta haya dado lugar con actos positivos u omisiones graves, a que se crea que aquella persona está facultada para actuar en nombre de ella, y en consecuencia no puede invocar la falta de representación de su mandatario frente a actos celebrados de buena fe con terceros (Art. 979 Com.)

4.1.5 EL CONSENTIMIENTO

La formación del consentimiento en materia de contratación electrónica, pareciera quedar regulada por las reglas generales que dispone el ordenamiento jurídico salvadoreño, pero claro está, que al respecto deberán ser efectuadas ciertas consideraciones que se estiman convenientes.

El consentimiento otorgado por medios electrónicos es válido, bastando que sea determinante, claro e inequívoco, consagrándose con ello los principios de autonomía de la voluntad y de libertad contractual de los que ya se habló anteriormente, con las limitaciones de las normas imperativas, orden público, moral, buena fe, utilidad pública e interés social reconocidos ya por la legislación salvadoreña.

La voluntad generadora del consentimiento para ser válida tiene que ser consciente y libre, puesto que tal como lo dispone el Código Civil Salvadoreño⁶⁰, en su artículo 1316, “.....para que una persona se obligue con otra es necesario....2. que

⁶⁰ *Op. Cit.* pp 127

consienta en dicho acto....”, sin que exista sobre este consentimiento vicio alguno.

El consentimiento otorgado por medios electrónicos o telemáticos es válido y eficaz, en virtud de los principios de autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 8 de la Constitución de la República y de libertad contractual señalado en el artículo 1416 del Código Civil.

Las relaciones contractuales electrónicas son una nueva forma de expresar, transmitir y, en un nivel superior, de manifestar la voluntad, y por tanto el consentimiento, distinta a la forma tradicional o analógica.

Si en la contratación tradicional, en papel escrito, y con firma autógrafa, las distintas fases de la declaración de voluntad se reflejan normalmente sin solución de continuidad, en la contratación electrónica – digital con firma y pago electrónico, estas fases están claramente diferenciadas en distintos actos, que reflejan una fase de la voluntad negocial en estado potencial o latente.

Así, si se admite que el consentimiento está compuesto por las etapas de: motivación, intención, deliberación, decisión, expresión o manifestación, transmisión y conocimiento o toma de razón, por el oferente, habrá que examinar cada programa o cada contratación electrónica para determinar el grado de instrumentalización y de reflejo de voluntad diferida o potencial.

La transmisión de la voluntad declarada en una contratación simple por medios electrónicos equivaldría a activar, pulsar o pinchar en el botón elegido. En un sistema

definido, se ha previsto y acatado por el usuario cuando valida el programa que potencialmente recoge su voluntad y que incluye absolutamente todas las variables posibles.

El contrato electrónico más puro se daría proporcionalmente a la mayor cantidad de fases electronificadas e instrumentalizadas incluido el cumplimiento (denominado para tal efecto *telecumplimiento*), cuando el objeto contractual sea susceptible de transformación en bits, el pago se haga por medio de anotaciones electrónicas en cuenta u otros medios digitales.

En los distintos tipos de contratación electrónica, estos estadios variables, en función de la instrumentalización informático – electrónica, indicativamente serían los siguientes:

FASES	FORMA DE MANIFESTACIÓN
MOTIVACIÓN	Sólo humana
INTENCIÓN	Por ser expresada únicamente por los contratantes es sólo humana
DELIBERACIÓN	Humana con apoyo informático.
DECISIÓN	De activación del sistema, solo humana.
PROCESO	De elección, posible procesamiento cibernético, parametrización y previsión humana.
DECLARACIÓN	Apoyo informático, definición humana.
EXPRESIÓN y COMUNICACIÓN	Sólo informática mediante lenguajes informáticos que precisan transformaciones para su inteligibilidad; telecomunicación digital.

EMISIÓN/RECEPCIÓN	Sistemas informáticos a través de aplicaciones informáticas.
SOPORTE	Electrónico, informático.
ALMACENAMIENTO	Informático.
FIRMA	Electrónica.
PAGO	Electrónico.

En toda contratación se da un interés y motivación previa y consciente de origen intelectual, que adquiere su dimensión en el intelecto humano y se refleja a través de los sistemas electrónicos, informáticos y telemáticos. El sistema informático, una vez activado, expresa la declaración de voluntad de un modo enteramente electrónico y telemático. Es de aclarar, que si no hay un acuerdo entre las partes no existirá el contrato.

El Código Civil da un papel preponderante a la voluntad, o lo que es lo mismo, al consentimiento, sin olvidar las restricciones y limitaciones señaladas anteriormente, y claro está la igualdad o equilibrio entre las partes contratantes, el cual se romperá, entre otras razones, si la voluntad de una parte se impone a la otra, por ejemplos en los contratos de adhesión.

Se tiene que para la formación del contrato se requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado el objeto, condiciones y modalidades del contrato que se quiere celebrar para que así la otra persona pueda manifestar su conformidad y de esta manera nazca el vínculo contractual, quedando perfeccionado el contrato y obligándose las partes a cumplir determinadas obligaciones, las anteriores etapas que se

tienen que surtir para formar el consentimiento en un contrato se denominan *oferta y aceptación*, conceptos sobre los que descansa la formación y perfeccionamiento del consentimiento en materia de contratación, y por ende en la contratación electrónica a través de Internet.

4.1.6 LA OFERTA

Se puede decir que la oferta es la manifestación unilateral de voluntad en virtud de la cual se propone la celebración de un contrato a una o más partes, partiendo de esta noción general se puede decir que por *oferta electrónica* se entenderá: *“Aquella declaración unilateral de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos, proponiendo a otra persona a la celebración de un contrato que quedará perfeccionada con la sola aquiescencia de esta⁶¹”*.

La oferta en general, puede ser hecha en forma verbal o escrita (dependiendo de la forma en que se exprese la voluntad). A su vez, también existen la oferta expresa (la que explícita y directamente revela la intención de contratar) y la oferta tácita (la que revela la intención de contratar indirectamente).

Interesa en particular la oferta electrónica, hecha en forma escrita, porque es la que se encuentra por regla general, no obstante se aprecia la existencia de ofertas electrónicas que también se pueden efectuar en forma verbal, o mediante el uso de comunicaciones electrónicas siendo específicos, la oferta telefónica, vía fax, teléx, etc. Se debe partir del supuesto de que la oferta electrónica constituye una oferta escrita, ya que se trata de un texto alfanumérico o gráfico en lenguaje de bits.

⁶¹ **CUBILLOS** Velandía, Ramiro *Et. Al. Introducción Jurídica al Comercio Electrónico*. 1ª Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Colombia. 2002.

Esta oferta electrónica realizada por Internet puede ser clasificada en los siguientes términos:

- i) Aquella realizada vía e-mail o correo electrónico.
 - ii) Aquella realizada on line, en redes de comunicaciones como Internet.
-
- i- La oferta realizada por e-mail o correo electrónico, es aquella enviada a ordenadores determinados (aunque en la mayoría de las ocasiones constituyen mensajería publicitaria, y por lo tanto no son consideradas ofertas).
 - ii- Las segundas son ofertas que se encuentran en forma permanente en las redes y a las cuales se tiene acceso navegando por diferentes páginas, pero estas no llegan a las computadoras, sino que se acceda a ellas a través de visitas a ciertos sitios web, características que permiten englobarlas dentro de las ofertas a personas indeterminadas. (ejemplo www.ebuy.com)

Para que la oferta sea considerada como verdadera y obligue al oferente, es necesario que quede manifestada de manera indubitada la intención del oferente de obligarse en virtud de ésta, exigiendo para su cumplimiento, como tradicionalmente se señala, los siguientes requisitos:

- A. Debe ser completa, de manera que el destinatario pueda limitarse simplemente a aceptar. Esta circunstancia reviste aun mayor importancia en la contratación celebrada vía Internet, en razón de que en la mayoría de los casos el destinatario de la oferta se limita a “*pinchar o hacer clic*”, sobre un icono de la página web para emitir su aceptación, sin posibilidad

de modificación de las cláusulas contenidas en la oferta.

- B. La oferta debe emanar de la voluntad del oferente o de un representante suyo, y ser dirigida a un destinatario o a un representante del mismo.
- C. La oferta debe ser precisa y cumplir con todos los elementos esenciales del tipo de contrato que se desea llevar a cabo, y que ya dispone la teoría general de la contratación.
- D. La oferta debe tener un plazo de duración. Es importante que los oferentes establezcan el período de validez de las ofertas con el objeto de otorgarle firmeza evitando de esta manera modificaciones de carácter unilateral a las condiciones incluidas en la página web o bien en el correo electrónico.

Los principales problemas que se presentan con las ofertas incluidas en las páginas web o transmitidas mediante e-mail se centran, de un lado, en la dificultad de localizar el lugar de producción de la oferta y del otro, en el hecho de la determinación de la naturaleza jurídica de los mensajes contenidos en estos instrumentos.

En cuanto al primer punto, la dificultad de localización del lugar de la oferta, podría ser resuelto, aunque de modo parcial, a través del sistema DNS⁶², que permite identificar, gracias al CCTLD⁶³, el país al que pertenece la empresa o persona emisora

⁶² Domain Name System o Sistema de Nombres de Dominio.

⁶³ Country Code Top Level Domain o Dominio Máximo de Código de País, en el caso de El Salvador, identificado a través de la partícula .SV al final de las direcciones de Internet dominio del país.

de la oferta, presumiéndose que la oferta se tendrá por hecha en el país incluido en el nombre de dominio respectivo. Como se observa se trata de una solución de modo parcial, ya que el dominio no es fácilmente determinable en situaciones que sólo incluyen como primer nivel com, org, net, sin aludir a la posición gráfica determinada por el CCLTD.

El segundo de los puntos pretende determinar si realmente los mensajes de datos transmitidos por las compañías vía e-mail o a través de sus páginas web deben considerarse como verdaderas ofertas que obliguen al oferente o si por el contrario, deben ser considerados como simples mensajes publicitarios constitutivos de una invitación a ofrecer, situaciones de importancia fundamental en el proceso de formación del contrato, ya que la oferta determina, en la mayoría de los casos, el lugar donde se entiende celebrado el contrato con las implicaciones jurídicas que esto conlleva.

4.1.7 LA ACEPTACIÓN

Entendida como el acto por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella, puede definirse a la aceptación electrónica como: *“Aquella declaración de voluntad que una persona realiza a través de medios de comunicación y/o medios informáticos manifestando su conformidad a una propuesta recibida por ella⁶⁴”*.

Al igual que la oferta, la aceptación puede ser expresa o tácita, y también puede ser pura o simple o estar bajo término o condición. La aceptación pura y simple, es aquella en que se demuestra total concordancia con la oferta realizada. En cambio, la

⁶⁴ *Op. Cit.* pp 127.

aceptación condicional se emite con reservas o condicionamiento que modifican los términos de la oferta.

Existen ciertas circunstancias o requisitos que son necesarios para que se conforme el consentimiento y ellos son los siguientes:

1. La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente.
2. La aceptación debe ser oportuna.
3. La aceptación debe ser pura y simple.

1. La aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente:

La oferta se encuentra vigente mientras no se produzcan dos hechos jurídicos:

- a. Retractación: Esto ocurre cuando el oferente puede dejar sin efecto la propuesta emitida mientras esta no haya sido aceptada. Anteriormente, se había clasificado la oferta electrónica en aquella *on line* y aquella que se envía por correo electrónico. Respecto de las primeras, por tratarse de ofertas permanentes, resulta muy difícil que se pueda producir la retractación, ya que el cliente compra en el mismo momento que accede a la respectiva página (ya que la aceptación se envía a través de formularios a los cuales se accede a través de hipertextos).

La retractación se podría dar cuando el cliente no adquiere de inmediato el producto, decide pensarlo y posteriormente accede nuevamente a la página web y se encuentra con que la oferta no está o ha cambiado en cuanto a las condiciones.

En cuanto a la retractación que se produce en aquellas ofertas enviadas por e-mail se aplican sin inconvenientes las reglas tradicionales, y es plenamente válida.

- b. Caducidad, que en el caso de la contratación electrónica se trataría de la pérdida de vigencia de la oferta con ocasión de la muerte o incapacidad legal de uno de los sujetos intervinientes en la relación.

2. La aceptación debe ser oportuna:

Para que la aceptación sea oportuna debe ser otorgada dentro del plazo legal que es el señalado como período de validez por la ley, o bien el plazo voluntario o convencional, caso en el cual no existen inconvenientes, ya que se estará al plazo establecido por las partes.

3. La aceptación debe ser pura y simple:

Este requisito constituye una clara manifestación de la teoría clásica de la contratación. Para que el contrato sea electrónico, la forma de la aceptación ha de ser electrónica, siendo indispensable que reúna ciertos requisitos, al igual que la oferta para su validez:

- a) Debe ser congruente con la oferta, el contenido de la aceptación debe coincidir con el de la oferta para que pueda darse la declaración conjunta común del oferente y del aceptante.
- b) Debe ser oportuna, debe ser hecha mientras la oferta se encuentra vigente, es decir a tiempo, debiendo ser recibida por el oferente durante el tiempo de vigencia de la oferta fijado por

el oferente o por la ley.

- c) Debe ser dirigida al oferente, no puede ser dirigida a otra persona diferente a este, o sea a quien ha formulado la propuesta, y en el caso de ser electrónica debe hacerse siguiendo todo el procedimiento que más adelante se indicará respecto al documento electrónico, las firmas y los certificados digitales.

En cuanto a las modalidades en las que se puede presentar la aceptación on line se tienen:

- i- Se puede manifestar por vía e-mail, partiendo de la base de que la oferta se hizo por ese medio.
- ii- Por medio de mensajes electrónicos, a través de sistemas EDI o de Intranets.
- iii- A través de un clic, en el botón de una página de Internet que contenga una oferta en los términos ya expuestos.
- iv- Bajando los contenidos de la red, y que se entienda por parte del proveedor del servicio y por parte del usuario, que esta es una forma de aceptación.

Las mayores dificultades que se derivan de la aceptación en entornos electrónicos se relacionan directamente con la inclusión de condiciones generales de contratación en el entendido de que gran parte de los contratos celebrados vía Internet, son contratos de adhesión que impiden la negociación de las cláusulas en ellos contenidas, cláusulas que por lo general no se encuentran insertadas en forma directa, clara y visible en la misma página web sino que se incluyen de manera indirecta a través de un *link* o vínculo, que

envía al usuario a otro sitio de la red.

El problema se agrava en razón de que en la mayoría de las oportunidades al manifestarse la aceptación por medio de impulsos electrónicos, en los denominados contratos *clickwrap agreements* o *point-and-click agreements*⁶⁵, estas condiciones ni siquiera son de acceso al aceptante, llegando en algunos casos a emitirse la aceptación con total desconocimiento de las condiciones generales que rigen el contrato, ocasionando graves perjuicios a los usuarios de la red.

El principal problema que se presenta en los contratos electrónicos que incorporan condiciones generales, estriba en la dificultad de probar el asentimiento bajo conocimiento expreso del usuario, sobre la aceptación de tales cláusulas.

4.1.8 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

En la contratación electrónica, donde existen acuerdos de intercambio y definición de los elementos constitutivos del contrato, que en la mayor parte de los casos configuran una voluntad potencial manifiesta, se entiende, debe tenerse en cuenta para potenciar la protección del contratante la buena fe.

Los vicios que pueden afectar el consentimiento prestado a través de medios electrónicos son tal y como lo señala el Artículo 1322 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo.

1. ERROR

⁶⁵ Acuerdos de clic o Acuerdos de señale y de clic, en los que basta con presionar el botón de acepto, ok o de acuerdo para que la aceptación sea manifestado y por ende el contrato sea perfeccionado.

El error puede ser definido como “*el falso conocimiento de la realidad o el desconocimiento de alguna circunstancia que, sea determinante a la voluntad en el acto jurídico*”⁶⁶

El error puede ocurrir en alguna de las fases de la contratación y reproducirse en cascada afectando a todo el proceso, por otro lado, a que la voluntad no se genere de una manera libre, racional, consciente y sin vicios que la afecten y que puedan producir un consentimiento nulo, ya que lo que se quiere con error desvía la verdadera realidad y naturaleza esencial del bien o servicio a contratar.

El contrato electrónico será anulable, si contiene errores, acreditados y excusables, debido a la técnica interpuesta o si el programa contiene un error que afecta a la fase de declaración, impidiendo que lo declarado, que era lo que se quería emitir, coincida con lo que realmente se emitió o recibió. Es de hacer notar, que para apreciar un error tiene que haberse producido el consentimiento pleno y estar perfeccionado el contrato en el que está el error, entre otras cosas, porque sino no habrá contrato que anular.

Las causas de los errores que pueden ocurrir en la contratación electrónica, podrían ser señaladas las siguientes:

- a) Pérdida o demora, entendiéndose que el documento ha sido enviado y no fue recibido por la otra parte ya sea por su extravío o bien por la tardanza en su recepción.
- b) Repetición, o copias del documento electrónico. El carácter de clónico hace imposible discernir sobre la originalidad, a menos que se le dote de alguna

⁶⁶ **BAQUEIRO** Rojas, Edgar. *Diccionario Jurídico Temático: Derecho Civil. Volumen I*. 1ª Edición. Ediciones OXFORD University Press. México. 2000. página 43.

estampación o signo que permita diferenciar entre la copia y el original.

- c) Manipulación ilícita, afecta a la integridad del documento o del programa, sería un supuesto de dolo, el documento declarado no contiene los mismos caracteres que el recibido, sus consecuencias varían, las partes pueden no detectar la intervención en el momento de la perfección del contrato y ser detectada en una fase de cumplimiento posterior.
- d) Confidencialidad.
- e) Trazabilidad, consiste en observar el flujo e itinerario de los datos (no el contenido de éstos), para deducir conductas, interlocutores o datos de actividad.
- f) Mascarada, interferir una comunicación falseando la autenticidad del emisor o receptor del mensaje, por medio de una intermediación no detectada. La mascarada puede ser continuada e imperceptible, “escuchando escondido”, y haciéndose pasar por uno de los interlocutores o partes, hasta que interese hacerse presente o deshacer la mascarada para evitar pruebas.
- g) Repudio, negar el envío o la recepción del mensaje.
- h) Fallos técnicos en la transmisión o en los equipos, servicios portadores, servicio final, enlaces, servidor de acceso, máquinas, etc, con el resultado de intentado no conseguido o intentado y transmisión no recibida, o transmisión errónea en la identificación de las partes, o en el contenido, aparentemente puede contener errores no invalidantes, pero que realmente quede afectada.
- i) Imposibilidad de comunicación, protocolos no adecuados o sistemas incompatibles.
- j) Contradecларaciones, documentos electrónicos con fecha posterior al contrato.
- k) Software, manipulación intencionada, cambio del programa, corte de suministro, virus devastador y virus con funciones específicas como recopilar datos, o códigos, sabotaje o errores de programación, pueden provocar graves errores en la

contratación o en la fase de formación del consentimiento del programa.

l) Fuerza mayor, caso fortuito, pulso magnético, etc.

m) Indebida manipulación, o errores del dueño.

Una vez clasificadas las causas que podrían dar motivo al error, es necesario examinar los dos tipos de error reconocidos en la doctrina, y aplicables de igual manera a la contratación electrónica.

A. ERROR DE DERECHO:

Los Artículos 8 y 1323 del Código Civil salvadoreño, nos señalan que ninguna persona podrá alegar ignorancia de la ley y en consecuencia basar un error o equivocación cometida por ellos, con el fin de anular el consentimiento prestado en cierto momento, ya que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento y por tanto no podrá invocarse error para eludir el cumplimiento de la obligación.

No podrá invocarse como error de derecho para evitar sus consecuencias, el haber efectuado una contratación electrónica que pone en juego datos sensibles por desconocimiento de la legislación aplicable a tal tipo de contratación. Este error no es irrelevante, cuando se alega como sucede en el ámbito contractual para obtener la nulidad de un negocio, o lo que es igual, de una regulación voluntaria de intereses, que sin aquel error no habría nacido a la vida jurídica.

B. ERRORES DE HECHO:

El Artículo 1322 C. señala que uno de los vicios del consentimiento es el error, así los artículos 1324 y 1325 de ese cuerpo normativo manifiestan que para que el error

invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración de ella hubiere sido la causa principal del mismo. De lo antes señalado pueden desprenderse los siguientes subtipos de error:

b.1 ERROR IN SUBSTANCIA

El error *in substancia* es el error en cuanto a la esencia o cualidades primordiales del bien o servicio a contratar y es invalidante del consentimiento a tenor de lo señalado en el Art. 1325 C., pero es preciso que recaiga sobre la esencia de la cosa que constituye su objeto, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a la celebración. Dentro de este error se puede considerar:

- a. *Error in corpore*: que es el error en la identidad de la cosa objeto de la prestación. Es un error que puede darse frecuentemente en la contratación electrónica. Así puede confundirse la identidad de cosas o servicios, o la identidad del objeto y de la prestación, como se ha indicado, puede darse a través de las imágenes o características que falsean la representación de un objeto.
- b. *Error in qualitate*: que es el error en las cualidades relevantes del objeto que impide a la parte conocer su esencia y no la identificación del objeto como el caso anterior.

b.2 ERROR IN NEGOTIO

Este incide en la causa, y es definido como: “*Aquel error que impide a la parte tener conocimiento de los efectos jurídicos ordenados por la declaración común y*

resultantes a través de ella de la común intención, individualizar la esencia jurídica de la operación realizada por las partes y que permite al intérprete calificar el negocio". Este tipo de error es contemplado en el Art. 1324 C.

Puede ocurrir por ejemplo, que por medio de una contratación electrónica, se adquiriera un programa o su licencia de uso no exclusiva, creyendo que es una donación y en realidad tratarse de una compraventa a calidad de prueba. El error en el negocio provocaría la nulidad, ya que afecta la causa y por tanto no existe consenso; más que vicio del consentimiento, hay que hablar de exclusión del consentimiento.

Cabe aclararse que no hay error en el negocio, en el "*error in nomen*", consistente en confundir el nombre de un contrato, como cuando se declara que es un arrendamiento de un ordenador, y por error en el nombre del contrato se dispone que es una compraventa.

b.3 ERROR IN PERSONA

Tal y como lo dispone el Art. 1326 C. se puede manifestar en las cualidades de la persona o en la misma identidad ésta, este tipo de error sólo invalidará el contrato, cuando la consideración a la persona hubiera sido la causa principal del mismo, es decir, cuando el contrato electrónico haya sido celebrado en atención a las cualidades corporales, intelectuales, morales o jurídicas del prestador del servicio.

Hay que tener presente que la contratación electrónica por su naturaleza, es un contrato entre ausentes, por lo que se potencia la aparición de este error que

puede llegar a ser frecuente, donde, por creer que un informático tiene unos determinados conocimientos que sólo él posee, se le contrata. La especial dificultad de la técnica informática y electrónica, abonan la necesidad de escoger a un experto en atención a sus cualidades o en razón a su persona misma, lo que determinaría la apreciación de este error invalidante.

b.4 ERROR EN LA DECLARACIÓN o ERROR OBSTATIVO

El *error obstativo* se refiere al hecho de que haya divergencia entre la voluntad emitida y la voluntad querida. Es decir, lo declarado tal como se quería varía con lo recibido al realizar un contrato electrónico. Sólo el artículo 1040 C. prevé un supuesto de discordancia entre la voluntad y la declaración al señalar: “*El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona*”, y como se ve prevé la discordancia entre lo querido y lo declarado, por lo que la falsa representación de la realidad impide el reconocimiento, y provoca una declaración de voluntad no querida.

El error en la contratación electrónica, cualquiera sea el tipo del que se trate, es un riesgo que hay que valorar por la propia naturaleza de la comunicación y de los medios y soportes interpuestos.

Las técnicas de autenticación y autoría con sellamiento criptográfico y firma digital, logran en buena medida reducir este riesgo, comprobando la integridad y autoría del documento. Así además se preserva la confianza del destinatario que tiene elementos de juicio añadidos al propio contrato.

2. LA FUERZA

La fuerza puede ser definida según el Art. 1327 C. como: *“el acontecimiento ajeno a la voluntad que infunde a una persona temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes capaz de producir en quien la padece una impresión fuerte o un mal irreparable o grave”*

En la contratación electrónica se puede forzar a una persona a dar una declaración no querida, bien directamente forzando su realización o indirectamente, forzando la entrega de las claves, sistemas criptológicos o instrumentos necesarios al titular o a su representante para realizar la contratación.

Debe recordarse que la fuerza no vicia el consentimiento, sino sólo cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta sus condiciones particulares. Se entenderá entonces, que la fuerza en la contratación electrónica será todo acto que infunde un justo temor de verse expuesta a ella ya sea el sujeto que se pretende contrate por medios electrónicos o bien su familia (Art. 1326 C.).

3. EL DOLO

De acuerdo con el texto del Art. 1329 C. existirá éste, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, se induce a la otra parte a celebrar un contrato que sin mediar tales acciones, no se hubiera hecho.

El dolo como causa de la contratación, tiene como objetivo el engaño, informado por el ánimo de lograr la declaración mediante el artificio utilizado, en él caben toda

suerte de astucias, falacias o maquinaciones para conseguir el resultado perseguido.

4.1.9 PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Si bien es cierto que la regulación actual de los contratos electrónicos es escasa, no por ello se debe entender que se encuentra carentes de toda regulación; la validez de la contratación electrónica tanto en entornos abiertos como en entornos cerrados, bien se trate de una contratación en Internet, mediante EDI, o cualquier otro medio electrónico, es susceptible de tratamiento legal.

Con respecto a la forma, tanto los contratos electrónicos como las estipulaciones en ellos contenidas, se consideran perfectamente válidas de acuerdo a la normativa establecida en los Códigos Civil y de Comercio de El Salvador, y amparada fundamentalmente, como ya se manifestó en los principios de libertad y de autonomía de la voluntad.

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, la eficacia de los contratos depende de las condiciones de validez y no de su forma (salvo, las excepciones legales en que la forma es considerada como un requisito *ab sustantiam actus* o de la sustancia del acto, por ejemplo las solemnidades que deben cumplirse en los contratos cuyo objeto son inmuebles), por lo tanto lo importante es que se cumpla con los requisitos establecidos para prestar el consentimiento y perfeccionar el contrato a través de los procedimientos de oferta y aceptación.

En principio todo contrato sería susceptible de perfeccionamiento por medios electrónicos, siempre que cumpla con los requisitos de validez, obligando no solo a lo

pactado sino también a las consecuencias que de él se derivan. Sin embargo, como en todo principio general se encuentra una excepción, y es la referida en particular a la solemnidad, no siendo susceptibles de perfeccionamiento por vía electrónica, aquellos cuya validez está condicionada a la forma o cuando se requiere la elevación a escritura pública y/o la inscripción en registros públicos, casos en los que se puede llegar a un acuerdo vía electrónica, pero para la formación y validez del contrato deben cumplirse las formalidades establecidas en el Código Civil para el perfeccionamiento de los contratos solemnes.

Se debe recordar que se está en presencia de contratos en los que las partes no están presentes, planteándose el lógico problema de cuando ha de entenderse perfeccionado el contrato. En el ordenamiento jurídico salvadoreño, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de los contratantes, es decir, por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, tratándose de contratos a distancia, en los que no hay presencia simultánea de los contratantes, lo decisivo sería determinar cuando se produce ese concurso de voluntades.

Dicha información debe ser suministrada al consumidor o usuario con la antelación debida, para que de manera oportuna manifieste o no su consentimiento. En la contratación electrónica, dicha información, está permanentemente a disposición del usuario o consumidor, de forma que el oferente debe suministrar en su portal web las condiciones generales de contratación, y así el usuario puede obtener de forma inmediata un conocimiento exacto y detallado de los términos del contrato, así como de las características especiales de los productos, medios de pago aceptados y, toda aquella información suficiente para equiparar las condiciones de contratación entre ambos.

4.1.10 REGLAS PARA DETERMINAR EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS

La contratación electrónica como contratación entre ausentes se caracteriza porque entre la oferta y la aceptación existe un tiempo relevante en cuanto a la posibilidad de la ocurrencia de riesgos que hay que distribuir, y que pueden ser, entre otros, la muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, o la retractación.

Para ello se han ofrecido cuatro teorías⁶⁷, que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

- i- *Regla de la declaración:* Considera concluido el contrato con el solo hecho de la aceptación de la oferta, sin que sea necesaria ninguna exteriorización de voluntad, ni el envío de ella al oferente. El aceptante que redacta una carta de aceptación perfecciona el contrato, y no cuentan el tiempo ni los riesgos que demanda su envío al oferente.

- ii- *Regla de la expedición:* El contrato queda concluido con la expedición o envío de la aceptación por parte del aceptante. No se trata solamente de que se acepte, sino de que se exteriorice ese acto mediante el envío. El tiempo y los riesgos que existen desde el envío hasta que el oferente recibe la aceptación quedan a cargo del oferente, dado que el contrato ya está perfeccionado.

- iii- *Regla de la recepción:* El contrato queda perfeccionado desde que la

⁶⁷ GÓMEZ Laplaza, M.C. *Comentarios al Código Civil español y compilaciones forales*. 12ª Edición. Editorial Civitas. Tomo XVII. España. 1993

aceptación es recibida por el oferente. De modo que se precisa que el aceptante declare su voluntad interna de aceptar, la exteriorice mediante el envío y sea recibida por el oferente, de lo cual se desprende que la aceptación es una declaración de voluntad recepticia. El tiempo y los riesgos del envío son a cargo del aceptante, ya que el contrato no queda perfeccionado hasta que el oferente reciba la aceptación.

- iv- *Regla del conocimiento*: El consentimiento queda perfeccionado desde que la aceptación es conocida por el oferente. De modo que no sólo requiere una declaración de voluntad recepticia, sino también el conocimiento de ella. El tiempo, los riesgos del envío y el de que la declaración no sea conocida por el oferente son a cargo del aceptante.

Los diversos códigos y legislaciones nacionales han adoptado esas reglas, contemplando su historia y realidad particular, mostrando un cuadro de posiciones muy diferente. La teoría de la recepción es la que más se ha difundido en el derecho mercantil actual, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, dispone que el contrato se perfecciona en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, y ello sucede en el momento en que la indicación del asentimiento llegue al oferente (Art. 23 y 18.2).

El ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce asimismo tal teoría en el Art. 966 del Código de Comercio al señalar que los contratos mercantiles celebrados por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que el proponente recibe la respuesta en que se acepte lo que haya ofrecido.

4.1.11 LUGAR Y MOMENTO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO, COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y LEGISLACIÓN APLICABLE.

El lugar de celebración del contrato tiene efectos importantes para fijar la competencia, la ley aplicable, el carácter nacional o internacional del contrato, y para interpretarlo conforme a los usos y costumbres del lugar. Para poder hacer la determinación del lugar de celebración deberá partirse del supuesto que la contratación electrónica es un contrato celebrado entre ausentes, por medios electrónicos, con las determinaciones contractuales que libremente pacten las partes.

Debe señalarse asimismo, que la creación de una empresa dedicada al negocio de bienes y/o servicios en Internet, no permite determinar que el establecimiento de ésta se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio, ni allí donde se puede acceder al sitio, sino en el lugar donde se desarrolla la actividad económica de la misma.

En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, es importante determinar desde cuál de ellos se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cual de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio determinado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.

Los contratos electrónicos en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, y los contratos electrónicos entre empresas se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de los servicios.

La formación del contrato, determina el lugar y el momento de nacimiento de la obligación y las consecuencias jurídicas que ellos conlleva, ya que puede determinar la competencia territorial de los tribunales que deban conocer de estos asuntos o contratos y la ley nacional aplicable a cada caso, acto o contrato. El momento de su formación, se entiende, es el de la recepción de la oferta, en el momento y en el lugar en que el oferente recibe la aceptación de la misma.

El contrato se entenderá formalizado y concluido en el momento donde el oferente toma conocimiento de la aceptación de su oferta (Teoría de la Recepción, establecida en el Art. 966 Com.) y en el lugar donde hizo la oferta, pero esta toma de conocimiento, como ya se ha dicho, no es necesario que sea de forma expresa, sino que se entiende realizada con los hechos que, sin necesidad de requerir un conocimiento expreso o formal, expresen o puedan interpretarse sin lugar a dudas que contienen la aceptación, como antes se indicaba puede ser a la llegada al buzón del ofertante.

El lugar de celebración del contrato será donde se hizo la oferta, o bien de consentir las partes lo contrario, en el lugar donde éstas se sometan.

4.2 ELEMENTOS TECNOLÓGICOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ELECTRÓNICA

4.2.1 El Documento Electrónico

Las declaraciones de voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, por medio de la electrónica, informática y telemática constituyen el denominado **Documento Electrónico**.

La equivalencia jurídica entre un documento escrito y uno electrónico es plena, ya que el elemento constitutivo de ambos es la voluntad que representa, y por tanto el objeto jurídico de estudio para determinar la validez del documento, será la formación de la voluntad y el consentimiento, con independencia de como se plasme.

El documento, como objeto que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, deja de identificarse exclusivamente con el papel como soporte y con la escritura como unidad de manifestación, ya que la computadora y los ficheros que en ella se almacenan constituyen, actualmente, una nueva forma de entender la materialidad de las declaraciones de voluntad.

El documento generado por procedimientos electrónicos puede tener magnitudes físicas que representen en forma codificada las nociones de voluntad de las partes intervinientes, para ello pueden hacer uso de cualquier tipo de soporte avalado por la nueva tecnología y, la representación de las palabras en ellos plasmadas puede ser no sólo en letras sino además a través de cualquier otro signo, pero la libertad de forma que

las partes utilicen para manifestarse tiene sus restricciones legales en los actos que exigen solemnidades para su perfeccionamiento.

El llamado documento electrónico posee dos elementos fundamentales:

- a) Una declaración de voluntad que es incorporada y transmitida y,
- b) Un soporte electrónico, constituido por bits en los que se almacena el contenido de la declaración de voluntad manifestada por las partes interesadas en la relación contractual electrónica.

a. Características

Las características propias de todo documento electrónico son las siguientes:

1. Debe ser confidencial, permitiendo el acceso a los mismos únicamente a las partes interesadas.
2. Debe ser auténtico, habiendo sido generado por quien dice ser su autor.
3. Debe ser fácilmente recuperable, es decir, en el momento en que los medios de información cambien, los medios de almacenamiento cambien, la información debería trasladarse a esos nuevos medios.
4. Debe ser íntegro, garantizando a los interesados que el mismo está almacenado tal cual se produjo en el momento en que se generó.
5. Está constituido por procedimientos auténticos, de tal manera que los mecanismos de seguridad utilizados puedan ser conocidos por todos los interesados.

b. Requisitos del documento electrónico

Para que el comercio electrónico y la economía digital sean viables desde una perspectiva comercial y legal, su funcionamiento está sujeto a una serie de acondicionamientos respecto de los documentos electrónicos, los cuales toman como requisitos básicos los mismos considerados en el mundo físico con las transacciones plasmadas en papel, siendo éstos:

- 1. La autenticidad:** se refiere a todo aquello concerniente al origen de las comunicaciones, de quién proviene el mensaje y si es genuino lo que se está recibiendo. Aquí la autenticidad constituye el elemento principal del comercio electrónico.

La autenticidad se establece a través de dos llaves que abren y cierran el documento, donde se plasma la transacción. La llave se compra en una entidad certificadora, pública o privada cuya función es expedir certificados con los que se identifica a los usuarios, dándoles una llave pública y otra privada para usarlas en las comunicaciones electrónicas. Para autenticar la firma digital se recurre al encriptamiento y a la llave única o de sesión.

Con la llave privada el emisor del mensaje cierra el documento, empacándolo de manera tal que sólo podrá ser abierto con la llave pública del receptor. El documento queda empacado de forma ininteligible con una serie de números que constituyen una sumatoria del documento principal, de la fecha, de la hora. Pueden ser introducidos al documento una serie de factores que van a convertir la firma en un documento único, aplicándole un HASH (quemado). Quien recibe el mensaje, toma la llave pública correspondiente y dándole un

segundo quemado, para constatar con certeza si el documento se despliega de idéntica manera que en el primer hash, verificando que el documento procede de quien lo emitió.

La ley requiere que los acuerdos sean documentados en un instrumento escrito y firmado (digitalmente en el caso del Documento Electrónico). Si esto no se da, se adquieren vicios de contractualidad. Cuando se firma un documento, *“esa firma acredita que el firmante del documento es quien dice ser, que esa firma le corresponde y que con ella asume el contenido del documento, y las obligaciones dimanantes del mismo quedan, indisolublemente unidas a la firma digital utilizada⁶⁸”*.

La firma digital debe su popularidad al comercio electrónico. Su uso para resolver problemas procesales de seguridad y autenticidad son indispensables. Debe hacerse énfasis en que: “...el tránsito del documento tradicional (generalmente autenticado a través de la firma manuscrita) al documento electrónico (en el que la firma no es posible), plantea la migración hacia técnicas de autenticación cuya eficacia y confiabilidad es necesario precisar⁶⁹”. “Si se encuentra un medio que reemplace a la firma ológrafa en ambientes digitales, éste nuevo medio deberá cumplir con las funciones tradicionales de la firma. Estas son: a) *indicativa*: informa acerca de la identidad del autor; b) *declarativa*: se refiere al acuerdo respecto del contenido del acto; c) *probatoria*: permite

⁶⁸ Ver en Internet www.alfa-redi.com, MARIN Reyes, María de los Angeles. “El ocaso del papel”. Revista Electrónica de Derecho Informático. 2002.

⁶⁹ FERRÈRE, Daniel. “Reflexiones sobre el expediente electrónico”, Disertación ofrecida en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Publicación del Comité Organizador. Uruguay. 1998. pág. 781.

vincular al autor con el signatario⁷⁰”.

2. **La integridad:** para cumplir el factor comercial y legal en cuanto a la integridad del documento, se debe hacer un primer hash o quemado del mismo. Del otro lado, el receptor del mensaje, al recibirlo realiza un segundo quemado, que tiene un valor concreto y único, verificar la integridad del documento, y la ausencia de alteración o modificación alguna en el trayecto, si éste no es igual al emitido por su autor, el documento electrónico no tendrá integridad.

3. **El no repudio:** se refiere al sujeto responsable del mensaje y es esencial para el comercio electrónico. El no repudio se convierte en un documento legal, cuando una de las parte en un negocio tiene que responder a la otra. Señala Palazzi: “se requerirá una tercera parte ajena a las otras dos, que certifique que la clave pública es de quien dice ser. Esta tercera parte que interviene en la comunicación se denomina tercera parte confiable (*trusted third parties*) o autoridad certificante, y actúa como una suerte de notario cibernético, que registra la clave pública de los usuarios que se inscriben en su registro y certifica la clave pública.”. Este certificado es un archivo que contiene la clave pública de un usuario, sus datos personales y que es firmado por la autoridad certificante con su propia clave. De esta forma, la autoridad certifica y da autenticidad a esa certificación⁷¹

4. **Confidencialidad:** los tres elementos anteriores juntos le dan al documento

⁷⁰ PALAZZI, Pablo Andrés. “*Firma digital y comercio electrónico en Internet*”. Ponencia disertada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Publicación del Comité Organizador. Uruguay. 1998. pág 417

⁷¹ *Idem.*

electrónico seguridad jurídica transaccional, mientras que este otro elemento, intenta mantener el documento en secreto, en un sistema de comunicación abierta. Para cumplir esta finalidad, el documento se debe de empaquetar en un concepto que nadie puede abrir, llamado ENCRIPCIÓN, dicho de otro modo, un documento se encripta para darle confidencialidad transaccional.

Cuando se encripta un documento, se convierte en algo ilegible, firmado, fechado, quemado, se convierte en un algoritmo matemático. De esta aplicación se obtiene una llave que permitirá cerrar y abrir el documento (cuando lo recibe su destinatario). A esta llave se le llama de sesión única y puede ser enviada en un attach o archivo adjunto en el mismo documento o por correo electrónico aparte.

c. Importancia del documento electrónico

La desmaterialización del documento escrito producto de la tecnología actual, en la contratación electrónica, obtiene indudables ventajas en la transferencia de documentos: rapidez, reducción drástica de recursos humanos y materiales, control y seguimiento exhaustivo, etc., pero se enfrenta a la falta de seguridad que obliga a suplirla por diferentes medios.

El intercambio electrónico de datos elimina errores de transcripción, al estructurar los mensajes y evitar manipulaciones posteriores, reduce tiempos de transmisión y costos, por medio de las redes de transmisión digital, actualiza la información on-line, facilita la notificación de acuerdos y permite la disponibilidad de la información en el momento oportuno y a la persona adecuada.

d. Soporte y registros del documento electrónico

Los soportes y registros del documento electrónico difieren del documento analógico, y por ende precisan la adaptación de requisitos legales a este nuevo entorno. Los datos de los documentos electrónicos (gráficos, alfanuméricos, de audio, vídeo, hipermedia, etc.) se plasman con sistemas binarios, en soportes magnéticos, ópticos, óptico – magnéticos, electrostáticos, electrónicos, etc., y requieren para su reproducción de un software y un hardware específico compatible con el sistema informático donde se crearon y para su transmisión redes de comunicación digital de distinta tipología.

Es necesario señalar, que los datos alfanuméricos y gráficos del documento electrónico podrían en cierta medida ser registrados en papel, pero el registro y almacenamiento de documentos jurídicos multimedia, hipermedia, etc., deben ser registrados forzosamente en memorias digitales, por lo que, la contratación analógica trae consigo que los registros analógicos (escritura y papel) desaparezcan, a favor de los de naturaleza digital, produciéndose una “desmaterialización del documento”, sin que ello quiera decir que todos los soportes sobre los que opera la contratación electrónica sean inestables o volátiles.

Una información volátil es la registrada por un ordenador al elaborar el documento en su memoria RAM⁷², a la cual accede el procesador del ordenador directamente sin necesidad de canales de entrada/salida y la cual mantiene la información por la presencia o ausencia (binaria) de una carga eléctrica. Esta información al apagar el ordenador desaparecerá sino se guarda en la memoria, pero guardar tal información no es garantía para los interesados, ya que la copia en el disco

⁷² Memoria que es la unidad funcional capaz de recibir, conservar y restituir datos.

duro es poco manejable y se encuentra expuesta a cualquier ataque vírico, por lo que es necesario que la información así creada sea volcada a una unidad externa.

Para determinar que tipo de memoria es la adecuada para trabajar como soporte y registro del documento electrónico, hay que tener en cuenta las características de regrababilidad (los datos pueden leerse o escribirse de manera repetida), durabilidad (los datos permanecen sin necesitar una tensión eléctrica suplementaria y otros métodos), capacidad de almacenamiento, velocidad de grabación y lectura y accesabilidad que la misma represente.

Los sistemas de soportes electrónicos más usuales y sus características para determinar el soporte más adecuado para el documento electrónico son:

- a. **Óptico:** es un soporte no degradable, con gran capacidad de almacenamiento y fiabilidad, se encuentran dentro de este tipo: CD, DVD, CD-ROM, CD- Worm, CD-R, CD-RW, DVD-ROM, etc. En estos sistemas la grabación y lectura del documento se efectúa por medio de un micro rayo láser digitalmente, es decir, una vez convertida la señal analógica, se graba codificada en binario, en forma de surcos con zonas de bajo relieve o lisas, la información es leída por la incidencia de un láser cuya luz reflejada produce dos tipos de intensidad según el relieve de la pista, que una vez procesada, reproduce la información analógica contenida.

- b. **Magnético:** Soporte que puede ser digital o analógico, unas cabezas lectoras grabadoras, imantan zonas con distinta intensidad sobre discos, cintas, burbujas, fichas, bandas, etc., que una vez procesadas reproducen la información, no es

volátil, pero puede regrabarse y por tanto modificar la información, existen tres tipos básicos que son:

1. *Burbujas*: utilizan zonas magnetizadas de una película fina que tiene forma cilíndrica, almacenando los datos en la superficie magnética de una cinta removible (por ejemplo los streamers o cintas magnéticas).
2. *Cartucho*: disco magnético.
3. *Disquetes*: los datos se almacenan por grabación magnética en la superficie de un disco flexible que se mueve circularmente durante su funcionamiento.

c. **Magnético – óptico**: combina ambas características, su durabilidad, capacidad de almacenamiento y velocidad de lectura/grabación es mayor. No es sensible a campos magnéticos, ni otras agresiones.

d. **Circuitos electrónicos chips**: están constituidos por elementos microelectrónicos integrados en un módulo compacto, normalmente semiconductores, en los cuales la presencia o ausencia de un impulso representa un estado binario.

e. **Electrostático**: la grabación se efectúa en zonas dieléctricas con cargas electrostáticas.

De los anteriores soportes se deduce que las características más aconsejables del soporte, para la grabación del contrato electrónico serán: una memoria estable, de acceso directo, no estática (removible), permanente, imborrable, ingrabable y que el proceso de

grabación sea lo más directo posible, reproduciendo fielmente la voluntad de los contratantes y con métodos y sistemas estándar. Desde luego, el sistema que más se ajusta a ello, es el *Compact Disc*, CD-ROM o DVD, que una vez grabados, inutilizan la parte del soporte no usada y en la usada no puede regrabarse, lo que unido a elementos de software o hardware de autenticidad, autoría, integridad e identidad pueden proporcionar un documento fiable.

e. El lenguaje del documento electrónico

El lenguaje que manejan las computadoras es un lenguaje máquina (binario o codificado en binario), resultado de la complicación del lenguaje fuente, ya que el ordenador no entiende directamente el lenguaje humano, por lo que las aplicaciones se ejecutan en lenguajes informáticos traducidos por compiladores.

Al utilizar la contratación electrónica, sería conveniente que las partes contratantes indicaran o quedara constancia del lenguaje y el software empleado en el aplicativo. Fuera de la creación de documentos en entorno Windows, y con procesadores de texto como Word, se ha de contemplar el lenguaje XML⁷³, orientado a aplicaciones concretas entre sistemas de contratación electrónica.

El lenguaje utilizado en el documento electrónico producto de las relaciones contractuales electrónicas, para adaptarse a este nuevo medio debe recibir las siguientes transformaciones:

- a. Transformaciones técnicas para su tratamiento por el ordenador.
- b. Procesos previos de formalización para hacerlo particular.

⁷³ Extensive Markup Language

- c. Conversiones por las nuevas técnicas de hipermedia, que introducen nuevos lenguajes y formas de documentos.
- d. Encriptaciones por cuestiones de seguridad, confidencialidad y firma electrónica.

f. La escritura en el documento electrónico

Como grupo investigador consideramos que el documento electrónico, es un documento escrito en cuanto que, reúne las características siguientes:

1. Contiene un mensaje de datos generalmente representado en texto alfanumérico, aunque no se descartan otras formas de manifestación de la voluntad, ya sea a través de diseño, gráfico o audio.
2. El documento se encuentra escrito en un lenguaje de dígitos binarios (bits), que adquieren la forma de ceros y unos, traducidos por el software y el hardware necesario para tal efecto.
3. El documento electrónico es plasmado sobre un soporte material mueble que adquiere la forma de dispositivos de memoria secundaria.
4. Supera las limitaciones temporales y espaciales de la comunicación oral al no necesitar que emisor y receptor se encuentren físicamente presentes el uno del otro.

g. Principios rectores en la interpretación del documento electrónico

El estudio del documento electrónico como parte de los elementos constitutivos de una relación contractual electrónica, obliga al estudio de los principios que avalan su existencia y por ende la interpretación del contenido del mismo, éstos son, a saber:

1. Principio de los equivalentes funcionales

Principio en virtud del cual se estudian las finalidades, los propósitos y las funciones con que se analizan tradicionalmente el contenido y el soporte de los

documentos que constan sobre papel, para así llegar a fijar la forma con la que se pueden aprobar tales requisitos a través de las nuevas tecnologías y sistemas electrónicos, se trata entonces, de analizar aquellos requisitos de fiabilidad, inalterabilidad de forma y rastreabilidad, que se emplean cuando se trata de documentos en papel, con el fin de solucionar los problemas de identidad, derivados de la naturaleza propia del documento electrónico.

2. Principio de integridad

Según el cual, se presume que el documento electrónico recibido corresponde al enviado, por cuanto una vez ha sido firmado digitalmente, en caso de llegarse a modificar cualquier parte del mismo, a través de los sistemas técnicos se puede comprobar tal cambio. Por tanto, se tiene como presunción legal que el documento recibido corresponde al enviado y en caso de considerarse que ha sido modificado, el *onus probandi* está en manos del interesado, quien en tal evento deberá probar que las normas de seguridad establecidas no fueron respetadas.

3. Principio de inalterabilidad

Estrechamente vinculado con el anterior, pues hace referencia a que si bien, el contenido del documento electrónico se puede llegar a alterar, la firma digital permite demostrar que tal evento ha ocurrido y por lo tanto que dicho mensaje de datos carece de valor real, por cuanto es falso.

4. Principio de autenticidad

Se presume que el documento electrónico es auténtico, en cuanto que la firma digital que lo ampara pertenece exclusivamente a la persona que aparece como titular del

certificado que la avala, la cual sólo puede estar siendo utilizada por su titular.

5. Principio de no repudio

Según el cual, cuando se firma el documento, lo que se hace es manifestar que está acorde con el contenido del mismo, por ende, se infiere que el autor del mismo está manifestando que su voluntad es la consignada en dicho documento electrónico, y por lo tanto, no puede negarse a los efectos que del mismo se derivan.

h. Límites del documento electrónico

El documento electrónico por no ofrecer la seguridad que confiere el documento escrito posee a su vez efectos limitados en cuanto a su campo de aplicación. En general las legislaciones son coincidentes en excluir de su campo de aplicación a los siguientes actos:

1. Los actos que requieren una forma especial o solemnidades.
2. Los actos personalísimos, o aquellos para los cuales la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes;
3. Los actos jurídicos relativos a derecho de familia.

Estas limitaciones pueden ser superadas en el momento en que la tecnología permita que el soporte electrónico ofrezca las mismas seguridades que el escrito o la comparencia personal del autor, pero para que ello suceda es necesario que así sea reconocido por las diversas legislaciones.

4.2.2 *Firma Electrónica y Digital*

En términos generales, la firma se refiere a una señal que hace una persona con la

cual se identifica y da constancia sobre la manifestación de su voluntad, la cual se ve legitimada en la medida que se asegura que es dicha persona quien efectúa la manifestación de voluntad.

Básicamente, la firma sirve a los siguientes propósitos:

- a. **Consentimiento**, ya que se estampa como señal de la conformidad sobre lo escrito o la intención de asignarle efectos jurídicos al documento.
- b. **Solemnidad**, el hecho de firmar un documento llama a la reflexión al firmante respecto del significado jurídico del acto que realiza, y en consecuencia, esta solemnidad tiende a evitar la asunción de compromisos de manera inconsciente.
- c. **Prueba**, una firma auténtica el cuerpo de escritura que le precede al identificar a su signatario⁷⁴, cuando éste coloca al pie del documento un rasgo distintivo que los caracteriza, la escritura se vuelve *prima facie* atribuible a él.
- d. **Forma**, en ocasiones, la firma hace a la validez de los actos jurídicos que se celebran, la naturaleza de la firma es expresar la autoría de la declaración de voluntad del signatario.

La primera cuestión que se debe tratar sobre el tema de la firma electrónica y digital, es que no se trata de firmas en los términos antes expuestos, es decir, no es un signo o marquilla que se coloca sobre un objeto material, sino más bien es solo un paso en el proceso de seguridad y perfeccionamiento de la contratación electrónica, pues

⁷⁴ Signatario es la persona física que cuenta en el caso de la firma electrónica con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica a la que representa.

alrededor del tema, existen innumerables sistemas empleados para dar una mayor transparencia a todo el desarrollo documentario en la red. Es así que a través de la firma digital se busca garantizar que un mensaje de datos X en efecto tenga su origen en una persona A, buscando además que dicho mensaje no sufra modificación alguna desde el momento de su creación, o bien durante el período de transmisión, y por último se pretende que el receptor no lo reciba modificado o no lo modifique.

Las firmas electrónicas y digitales consisten básicamente en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos, o a un resumen de los datos⁷⁵, que de esta forma, solo serán reconocibles por el destinatario, el cual además podrá comprobar la identidad del remitente, la integridad del documento, la autoría y autenticación, preservando al mismo tiempo la confidencialidad de su autor.

Se define a la **firma digital** como el conjunto de datos electrónicos y/o caracteres que identifican a una persona natural o jurídica y que acompañan a un documento o fichero de carácter electrónico con el fin de acreditar su autoría (autenticación) y la integridad del mismo.

Valido es señalar, que existe una diferencia fundamental entre los conceptos firma electrónica y firma digital, diferencia que encuentra su fundamento en el nivel de seguridad y tecnología utilizada en su representación, tales conceptos pueden ser definidos de la siguiente manera:

1. ***Firma electrónica***, se refiere usualmente al identificador que va adjuntado o lógicamente asociado a un mensaje electrónico, documento o datos, y los propósitos

⁷⁵ Conocido tradicionalmente como HASH

para los cuales fue incluido implican el concepto jurídico de firma, ésta no requiere, necesariamente, ratificar ninguna porción de información, simplemente indica la intención del signatario.

2. ***Firma digital***, puede ser definida como una firma electrónica realizada mediante la transformación de un registro electrónico utilizando criptosistemas asimétricos y función hash, de modo que la persona que tiene el mensaje de origen y la clave pública del signatario pueda determinar si la transformación se efectuó por medio de la clave privada que se corresponde con la clave pública que él tiene, y si el mensaje original fue alterado desde que se hizo la transformación.

a. Características

La firma digital posee las siguientes características:

1. ***Autenticidad del signatario***: permite identificar unívocamente al signatario, al verificar la identidad del firmante, bien como signatario de documentos en transacciones telemáticas o bien para garantizar el acceso a servicios distribuidos en red. En este último caso, la utilización de firmas digitales para acceder a servicios de red o autenticarse ante servidores web evita ataques comunes de captación de contraseñas mediante el uso de analizadores de protocolos (sniffers⁷⁶) o la ejecución de reventadores de contraseñas.
2. ***Imposibilidad de suplantación***: el hecho de que la firma haya sido creada por el signatario mediante medios que mantiene bajo su propio control (su clave

⁷⁶ Son herramientas informáticas que permiten obtener las claves de acceso que permiten entrar a los lugares donde se guarda la información. Permiten la consumación de "delitos" de robo de información y suplantación de identidad. Los sistemas de criptografía y de llaves públicas ofrecen una adecuada protección

privada protegida, por ejemplo, por una contraseña, control biométrico, una tarjeta inteligente, etc.) asegura, además, la imposibilidad de su suplantación por otro individuo

3. No es un acto por omisión: El proceso tecnológico de firmar digitalmente un mensaje es un acto afirmativo. Por lo tanto, se garantiza que quien firma es consciente de sus consecuencias, a la vez que permite reflejar la voluntad del firmante.
4. No repudio: Además de garantizar la identidad del emisor y la integridad del instrumento, estos métodos brindan el servicio de no repudio que es utilizado entre emisor y receptor. Es un medio de prueba que permite repeler la negativa tanto de haber recibido como de haber enviado el mensaje.
5. Integridad: permite que sea detectada cualquier modificación por pequeña que sea de los datos firmados, proporcionando así una garantía ante alteraciones fortuitas o deliberadas durante el transporte, almacenamiento o manipulación telemática del documento o datos firmados.
6. Auditabilidad: permite identificar y rastrear las operaciones llevadas a cabo por el usuario dentro de un sistema informático cuyo acceso se realiza mediante la presentación de certificados, especialmente cuando se incorpora el estampillado de tiempo, que añade de forma totalmente fiable la fecha y hora a las acciones realizadas por el usuario.

7. Universalización: ya que busca la creación de un sistema estándar de firma digital para todas las transacciones electrónicas a realizar.

Tales consideraciones ponen de manifiesto que estos métodos aportan la confiabilidad necesaria como para ser utilizados en el tráfico jurídico. Sin embargo, se debe resaltar que el proceso tecnológico de firmar digitalmente instrumentos no es suficiente por sí solo, pues para que pueda cumplir adecuadamente con su objetivo requiere de un contexto determinado, usualmente denominado *infraestructura de clave pública o infraestructura de firma digital*, de la que se hablará más adelante.

b. Sistemas de firma digital.

Existen dos sistemas básicos, a saber:

1. Sistema de firma simétrica

El sistema de firma simétrica consiste en la distribución al emisor y al receptor del mismo algoritmo cifrado (firma simétrica), lo que servirá dentro de una organización para evitar interceptaciones de información por parte de terceros, o cuando las partes tengan los mismos intereses, pero no para contratar, ya que entonces se parte de la base de que hay que poner de acuerdo determinados intereses, por lo que no sirve para garantizar que la declaración de voluntad no ha sido manipulada por el receptor de la misma, pues éste también posee el algoritmo de cifrado.

2. Sistema de firma asimétrica

El sistema de firma asimétrica se basa en dos algoritmos distintos, los que a su vez guardan relación entre sí, de tal modo que es posible usar uno (llamado llave o clave privada) para producir el documento ininteligible, y otro (llamado llave o clave

pública) para comprobar que dicho documento guarda la relación esperada con el documento original.

El problema de esta operación en transacciones electrónicas celebradas a través de Internet (lo habitual), es que consumen un gran ancho de banda, ya que el documento inteligible que sirve de base para comprobar la autenticidad del original ocupa mayor espacio que éste.

Para resolver dicho problema, se recurre a realizar antes de la firma un resumen (*digest*, usando el término en inglés) automático del original. No se trata lógicamente de un resumen en el sentido de extraer las ideas principales del documento, sino en el sentido de obtener un texto que, sea cual sea la longitud del documento original, siempre tendrá la breve extensión de un par de líneas de texto

Lo anterior se hace de tal forma que la modificación de una sola coma o de cualquier otro carácter del documento original genere un resumen totalmente distinto, esta técnica se denomina hash. Realizada esta operación de resumen se procede a firmar éste y no el documento original, con lo cual se tiene un documento igualmente inteligible y también siempre de la misma extensión, que es el que habrá de acompañar al documento original.

b.1 Sistemas de sellamiento electrónico

Las funciones resumen o sellamiento se usan para extraer una huella digital del documento de pequeño tamaño. Como cifrar un documento electrónico entero con un sistema de clave pública resulta poco práctico porque es costoso y lento, se aplica

primero este tipo de funciones resumen para extraer una huella digital (MAC⁷⁷) del documento.

Las características principales son que la huella es de tamaño pequeño, alrededor de 150 bits y que permite individualizar el documento porque no hay dos huellas iguales o la probabilidad de que eso ocurra es ínfima. Para la prueba de integridad, individualización o datación del documento y para evitar la duplicación o confusión con otro de la misma fecha y contenido, se emplean los sellos o sellamiento electrónico conjuntamente con la firma electrónica, puesto que, al manipular el documento la huella cambia. Estos sistemas de sellamiento son básicamente dos:

a. Funciones Hash

Las funciones de resumen Hash consisten en sistemas que, partiendo de todos los datos del documento, calculan un compendio codificado o condensación algorítmica del contrato (digest) que se procesaría electrónicamente en la firma digital, posteriormente el destinatario, recuperará con la clave pública del remitente el resumen Hash recibido de la firma del documento y lo comprobará con el Hash que le resulte, comparando si coincide con el sello original y si observa que ha variado es que ha perdido la integridad, y/o la autoría el documento, en cambio, si coincide no cabría duda de la integridad del mismo. Las funciones más utilizadas son el MD5 de RSA⁷⁸ Data Security con 128 bits. SHA (160 bits) para RSA y el MAC para DES. En todas se incluye el propio mensaje y se procesa éste cada vez que se transmite el documento.

⁷⁷ Messages Authentication Code en castellano Código de Autenticación de Mensajes.

⁷⁸ Famoso criptosistema denominado así por las iniciales de los apellidos de sus creadores: RIVEST, SHAMIR y ADELMAN, desarrollado en 1977 por el MIT (Massachusetts Institute of Technology) www.rsa.com

b. Time Stamping

El sellamiento de tiempo⁷⁹ introduce la fecha y la hora de la transacción que queda integrada en el documento que será firmado junto con su contenido con la clave privada del remitente a efectos del momento de nacimiento de derechos y obligaciones.

c. Funcionamiento de la firma digital

La firma digital se produce cuando se aplica una función de compendio (Hash) y sellamiento, y el resultado es cifrado, usando la clave privada del remitente (R), y la clave pública del destinatario (d) que sólo puede ser verificada por el destinatario (D), usando la clave pública asociada del remitente y la propia clave privada.

El software del firmante aplica un algoritmo hash⁸⁰ sobre el texto a firmar, obteniendo un extracto de longitud fija, y absolutamente específico para ese mensaje, un mínimo cambio en el mensaje produciría un extracto completamente diferente, y por tanto no correspondería con el que originalmente firmó el autor.

El extracto conseguido, cuya longitud oscila entre 128 y 160 bits (según el algoritmo utilizado), se somete a continuación a cifrado mediante la clave secreta del autor, el algoritmo más utilizado en este procedimiento de encriptación asimétrica es el RSA, de esta forma se obtiene un extracto final cifrado con la clave privada del autor, el cual se añadirá al final del texto o mensaje para que se pueda verificar la autoría e integridad del documento por aquella persona interesada que disponga de la clave pública del autor.

⁷⁹ Digital Time-Stamp Certificates en castellano Certificados Digitales de Sellamiento de Tiempo

⁸⁰ Los algoritmos hash más utilizados son el MD5 o SHA-1

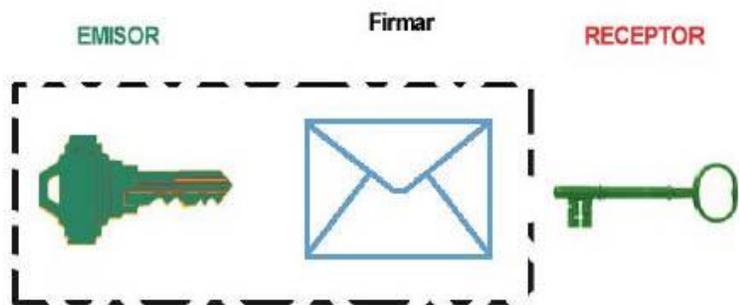
En Internet, la información se envía troceada y encapsulada, en paquetes de octetos con bits de paridad, por medio del protocolo de transmisión TCP/IP, y si los datos no llegan correctamente se vuelven a enviar.

Al ser las claves asimétricas, solo el destinatario puede descifrar el documento, primero con la clave pública del remitente y luego con su propia clave privada, por lo que, como tiene un certificado de la clave pública del remitente, puede autenticar e identificarle plenamente. A continuación el destinatario envía al remitente el documento, cifrándolo con la clave pública del remitente y con su clave privada como acuse.

El procedimiento a seguir para verificar la validez del documento o fichero es el siguiente, el software del receptor, previa introducción en el mismo de la clave pública del remitente, obtenida a través de la autoridad de certificación correspondiente, descifraría el extracto cifrado del autor, y a continuación calcularía el extracto Hash que le correspondería al texto del mensaje y, si el resultado coincide con el extracto anteriormente descifrado, se considera valida, en caso contrario significa que el documento ha sufrido una modificación posterior y por lo tanto no es valido

c.1 Representación gráfica

En el gráfico la llave moderna representa la clave privada del autor, y la llave antigua la clave pública del mismo. Para firmar



electrónicamente un mensaje el emisor aplica su clave privada, y para comprobar la

firma, el receptor utiliza la clave pública del emisor. Con este proceso se asegura que únicamente el emisor pudo firmar ese mensaje (ya que sólo se pudo firmar con la clave privada y el emisor es la única persona que la posee).

d. La infraestructura de la firma digital en los ordenamientos jurídicos

La Infraestructura de Firma Digital (IFD) tiene como objetivo principal brindar la mayor seguridad posible y generar la consecuente confiabilidad para los usuarios, lo cual se logra por medio del diseño, generación e implementación de un sistema con suficientes controles como para garantizar la reducción del riesgo hasta niveles muy bajos, con el aseguramiento de las siguientes condiciones:

1. Que la clave pública del emisor no haya sido cambiada y que efectivamente se corresponda con su clave privada.
2. Que las técnicas de encriptación utilizadas sean confiables.
3. Que las diversas tecnologías de encriptación utilizadas para generar las claves sean interoperables.
4. Que los directorios de las claves sean actualizados rápidamente, incorporando las bajas de aquellas que hubieren sido comprometidas.
5. Que haya sido probada fehacientemente la identidad de los usuarios titulares de las claves.

Para comprender el funcionamiento de este sistema se puede partir desde dos enfoques distintos, estos son:

A. ARQUITECTURA DEL SISTEMA

Los esquemas de Infraestructura de Firma Digital están basados en una relación jerárquica de entidades y se prevén certificaciones cruzadas. Estas son aquellas en

las que hay emisión recíproca de certificados entre participantes y pueden darse en cualquier nivel de la estructura jerárquica de los integrantes del sistema. Convencionalmente, la arquitectura de un sistema como el mencionado está diseñada de la manera que se explica a continuación:

1. Autoridad de aprobación de políticas: es la autoridad que establece las políticas que regirán todo el sistema, siendo sus funciones principales: establecer los estándares a los que deberá ajustarse la autoridad de políticas de certificación en el establecimiento de su políticas, aprobar las políticas emitidas por dicha autoridad y, finalmente emitir certificados a la autoridad de políticas de certificación.
2. Autoridad de políticas de certificación: es la autoridad que determina las tecnologías a utilizar y las prácticas de seguridad de todos los integrantes del sistema. Sus funciones son: establecer las políticas para el funcionamiento de las autoridades de certificación y emitir los certificados para las autoridades de certificación.
3. Autoridad fiscalizadora del sistema: Es la autoridad que tiene a su cargo el control de los procesos realizados por el sistema. Sus funciones son: establecer las políticas de control del sistema y, verificar las prácticas de seguridad en todo el sistema.
4. Autoridades de certificación: son las instituciones que tienen a su cargo la emisión de los certificados y la confección y mantenimiento de los directorios de claves públicas, su actividad está normada por las políticas establecidas por la autoridad de políticas de certificación. Sus funciones son: emitir certificados para otras entidades de

certificación, para las autoridades registrantes, para los usuarios finales y mantener actualizados los directorios de claves públicas vigentes y revocadas.

5. Autoridades registrantes: son instituciones de inferior rango que las autoridades de certificación, encargadas de facilitar las pruebas de identificación y de comprobar la identidad de los potenciales usuarios. Sus funciones son: realizar los procedimientos de registro para las autoridades de certificación y controlar la identidad del usuario cuando se lleva a cabo el registro. Es de aclarar que no tiene como función el emitir certificados.
6. Usuarios: Son las personas físicas o jurídicas que hacen uso de las claves o llaves proporcionadas.

B. Servicios del sistema:

Básicamente la Infraestructura de Firma Digital está constituida por los *servicios de gestión de certificados* que son brindados por las autoridades de certificación y constituyen el núcleo del sistema y los *servicios secundarios o accesorios* que pueden ser brindados por las autoridades de certificación o por otras entidades, como por ejemplo las autoridades registrantes.

1. De gestión de certificados: en cuanto a **la emisión** de los certificados, ésta se hace para un usuario individual, para una institución, para las autoridades de certificación que se encuentran en un nivel inferior (en el caso de un sistema de firma digital que prevea una jerarquía de autoridades de certificación) o para otras entidades. **La revocación** de los certificados se dará en caso que un usuario pierda su clave privada, que

corresponde al par que figura en el certificado extendido por la entidad, o que la clave privada haya sido robada o comprometida o existan razones para creer que ello ocurrirá, tal revocación se efectiviza dando de baja el certificado y publicando tal acción en un listado de certificados revocados. La **suspensión temporal** se realiza en el caso que no pueda tenerse certeza si el usuario ha solicitado la revocación o no. En cuanto a **la publicación**, ésta es una etapa posterior a la emisión del certificado, que luego de emitido pasa a integrar la lista de certificados vigentes. Este listado es una especie de directorio público que puede ser consultado por terceros.

2. *Servicios secundarios o accesorios*: incluyen el registro, el archivo de datos y la certificación notarial. La primera es un servicio que consiste en el registro y manejo de datos personales y cumple la función de autenticación necesaria para la emisión y revocación de los certificados. Los servicios de archivo de datos consisten en el archivo y manejo de datos por largos períodos de tiempo. La función principal de los prestadores de este servicio es mantener la seguridad de la información, es decir, prevenir su falsificación y asegurar su integridad y su disponibilidad. Por último la certificación notarial incluye la autenticación del emisor, la integridad del documento y su validez jurídica.

e. Contenido de los certificados de firma digital

En general, los contenidos mínimos que deben constar en los certificados son:

1. Nombre del usuario, el cual debe poder identificarlos inequívocamente.
2. Clave pública del usuario.
3. Algoritmo de clave pública.
4. Fecha de expiración del certificado.
5. Número de serie del certificado.
6. Nombre del certificador.
7. Clave pública de la autoridad de certificación.
8. Comienzo de la validez del certificado, y
9. Información sobre la limitación del uso de la clave a determinados tipos de aplicaciones.

f. La criptología

Criptografía, deriva etimológicamente del griego *kriptós*, que significa “oculto”, y de *grafia*, signo o escritura, por lo que, puede definirse a la criptografía como ***“la disciplina que estudia los principios, métodos y medios de ocultar la información contenida en un mensaje”***.

La fragilidad y volatilidad de los datos binarios (bits: unos y ceros), que componen la información, entre ella de la contratación y firma electrónica, encuentra hoy en la criptología el método técnico por excelencia, para dotarla de: confidencialidad, autoría, autenticación, integridad, seguridad, prevención de errores y de accesos no autorizados, manipulaciones, etc.

La criptología, preserva la información y mantiene la confidencialidad,

ocultándola cifrada, aplicando una clave a un algoritmo matemático. Posteriormente para su lectura se efectuará el mismo proceso a la inversa. Para dotar a esta información de elementos de prueba se emplean sistemas de clave pública asimétrica, como RSA y funciones Hash. En el caso de datos gráficos, alfanumérico, o imágenes se denominará criptografía y en el caso de datos sonoros o audibles, voz o sonido criptofonía.

f.1 Sistemas Criptológicos

Existen diversos sistemas, a saber:

A. SISTEMA DE ROTACIÓN DE CARACTERES

En éste, se aplica a cada letra un algoritmo, una transposición, una sustitución o plantillas geométrica, que determina su equivalencia con otra letra, alterándose el orden. El problema es que hay que mandar por canal seguro el tipo de rotación o sustitución que se aplica, y además es muy fácil descubrir el método, una variante del mismo para evitar lo anterior consiste en aplicarlo a un alfabeto con las letras en distinto orden o a varios alfabetos.

B. CRIPTOSISTEMA SIMÉTRICO

Es el sistema que usa claves idénticas para cifrar o descifrar. Básicamente consiste en escoger al azar o generados por algoritmos de cifrado una serie de números en correspondencia con las letras o palabras del mensaje y posteriormente usarlas para cifrar y descifrar la información. El inconveniente de este sistema es que los números deben variarse por cada interlocutor y enviarse por un canal seguro, y en caso de violación de la clave, no se identifica al responsable. El más usado de clave secreta es el DES⁸¹, clave de 56 bits y el IEA⁸², cuya clave es de 128 bits. En el

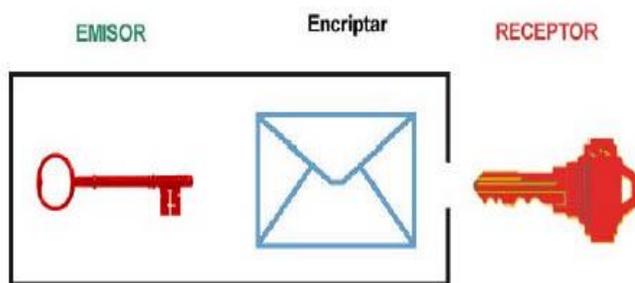
⁸¹ Data Encryption Standard, en castellano Dato de Encriptación Estándar.

criptosistema simétrico el cifrado suele consistir en la suma exclusiva de los bits de una secuencia pseudoaleatoria generada por un algoritmo, la operación suma tiene la ventaja de ser reversible, es decir, sumando al mensaje en claro, la clave generada permite obtener el mensaje cifrado, y sumando el mensaje cifrado, la misma clave obtiene el mensaje claro.

C. CRIPTOSISTEMA ASIMÉTRICO

Es la base de la firma digital.

Usa un conjunto de dos claves, una pública que se da a conocer a todos, y una privada, solo conocida por el usuario que debe mantener en



secreto, de ahí su nombre de clave privada. Un algoritmo matemático permite encriptar un mensaje con una clave que produce un texto cifrado muy difícil de descifrar como no se tenga la clave asociada. Además no es reversible, impidiendo que se pueda conocer la clave privada a partir de la pública, y que lo cifrado con la clave pública solo puede descifrarse con la clave privada asociada. A manera de ejemplo si se tienen dos usuarios A y B, y el usuario A quiere mandar un mensaje cifrado a B. En este caso A cifra el texto claro con su clave privada y luego con la clave pública de B, así solo podrá descifrarse con la privada de B y con la pública de A. como la autoridad certificadora indica a quien pertenece la clave pública. A sabe que la clave pública que ha usado de B, corresponde exclusivamente a B y a la inversa B, si logra descifrar el mensaje con la pública de A es que a él solo

⁸² International Encryption Algorithm, en castellano Algoritmo Internacional de Encriptación.

pertenece. En el gráfico la llave moderna representa la clave pública y la llave antigua la clave privada, ambas pertenecen al emisor.

4.2.3 El pago electrónico

El dinero, sinónimo legítimo de moneda corriente en su acepción legal, ya que entenderlo hoy en día en la realidad que le sirve de marco, representado no solo por los sistemas tradicionales de papel moneda (billetes) u otras formas fiduciarias, sino en los soportes y con las formas que la tecnología informática y electrónica ofrece, es decir, traducido a impulsos binarios como cualquier otra información.

Para el derecho, el dinero es un signo convencional de valor, con la consideración de un bien mueble fungible, que se utiliza como medio de intercambio y pago, y cuya representación oficializa el Estado a través de sus autoridades monetarias y aunque se defina por los usos sociales, está determinado por la estructura económica, financiera, política y tecnológica imperante.

Por pago electrónico deberá entenderse en esencia, una información digital autenticada, singularizada y firmada electrónicamente, que se admite como representación de éste y como un instrumento de pago. Puede definirse al **pago electrónico** como: *“El mecanismo mediante el cual se ejecuta la contraprestación de una obligación asumida a través de Internet, es decir, mediante la contratación electrónica”*.

El pago electrónico lleva aparejado consigo la noción del dinero electrónico, que no es más que un substitutivo electrónico de las monedas y los billetes de banco,

almacenado en un soporte electrónico, como, por ejemplo, una tarjeta inteligente o la memoria de un ordenador y que, en general, está pensado para efectuar pagos electrónicos de cuantía limitada. Se define al **dinero electrónico** como: *“El valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor, almacenado en un soporte electrónico, emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido, y aceptado como medio de pago por empresas distintas al emisor”*.

Una vez aclarado que debe entenderse por pago electrónico, se debe analizar como será llevado a cabo el mismo, pues los medios convencionales conocidos no son admitidos en la red, y para solucionar ese problema, existen hoy en día los llamados **medios de pago electrónicos**, los cuales no son más que el mecanismo para efectuar la contraprestación llamada pago, a través de Internet. En la actualidad existe una gran diversidad de mecanismos de pago, generados principalmente por la necesidad de los vendedores de soportar la mayor cantidad de alternativas de pago posibles.

Los medios de pago electrónico pueden ser clasificados en tradicionales e innovadores, a saber:

4.2.3.1 Tarjetas de Crédito

La tarjeta de crédito es un instrumento de crédito que permite diferir el cumplimiento de las obligaciones dinerarias asumidas con su sola presentación, sin la necesidad de previamente provisionar fondos a la entidad que asume la deuda, que generalmente son Bancos y otras empresas del Sistema Financiero. Se entiende por tarjeta de crédito: *“Cualquier tarjeta u otro documento, que permite a su titular disponer de un crédito otorgado por su emisor, y utilizado por su titular o usuario en la*

adquisición de bienes o en pago de servicios vendidos o prestados por establecimientos afiliados al sistema de tarjetas de crédito”.

La tarjeta de crédito es el medio de pago más utilizado por los ciberconsumidores, eso se debe básicamente a la facilidad de su uso, característica esencial de este medio de pago, y además por la seguridad que brinda al vendedor de bienes o prestador de servicios, ya que existe alguna entidad financiera que respalda al consumidor, quien a su vez encuentra garantizada la transacción por algún tipo de seguro.

Para que la tarjeta de crédito tenga validez, esta debe contener la denominación de la empresa que emite la misma, así como el sistema de tarjeta de crédito al que pertenece, numeración codificada de la tarjeta, nombre del usuario de la tarjeta y su firma, fecha de vencimiento y la indicación expresa del ámbito geográfico de validez, en caso de faltar este requisito se entiende sin admitir prueba en contrario que su validez es internacional.

4.2.3.2 Tarjetas de Débito

Se trata de cualquier tarjeta u otro documento que identifica al titular de una cuenta corriente o de una cuenta de ahorro contratada con el emisor, utilizada como instrumento de pago en la red de establecimientos afiliados al sistema de tarjetas. Se diferencia fundamentalmente de la tarjeta de crédito en que esta no genera intereses a favor del cliente ni gastos de mantenimiento, aquí no es abierta línea de crédito alguna, por parte de la entidad emisora, sino que las obligaciones son canceladas con los ahorros que se poseen en una cuenta. Es necesario para utilizar la tarjeta de débito, acreditar en

la cuenta de ahorros, fondos suficientes para comprar el producto y cubrir los gastos que esto produce, como por ejemplo el envío, todo esto antes de realizar la operación de compra por Internet.

Se exige para el uso de este tipo de tarjetas en las transacciones a través de Internet, que los establecimientos comerciales cuenten con dispositivos electrónicos que capturen en línea las transacciones, y que los montos correspondientes sean debitados inmediatamente en la cuenta del titular y acreditados en la cuenta del beneficiario, solo si dichas transacciones son autorizadas y existen fondos suficientes.

4.2.3.3 *El dinero electrónico o digital*

El dinero electrónico o digital es un sistema para adquirir créditos de dinero en cantidades relativamente reducidas. Este sistema consta de unidades o símbolos de valor monetario, debidamente cifrado que representa cantidades de dinero, que asumen forma digital, unidades que pueden ser convertidas en dinero físico. Este dinero electrónico se almacena en la computadora y se transmite a través de redes electrónicas para ser gastado al hacer compras electrónicas a través de Internet.

Estos sistemas se basan en un “*prepagado*”, es decir, para acceder a ellos se requiere la conversión previa del dinero real al dinero electrónico, permitiendo transferir vía Internet dinero real desde la cuenta bancaria al disco duro de una computadora, transferencia que se realiza convirtiendo en forma previa el dinero real en dinero digital, es decir, una secuencia de bits que representan un cierto valor en sí misma, y que equivale al dinero que se tiene en la cuenta corriente como respaldo. El banco que emite el dinero electrónico, firma el dinero creado con su firma digital, y lo entrega al cliente,

paralelamente debita en la cuenta del cliente la cantidad de dinero real correspondiente al dinero electrónico generado.

Teóricamente el dinero electrónico o digital podría utilizarse para cancelar compras por montos pequeños, hasta décimas de centavo de dólar o menos. Sin embargo, la mayoría de los comerciantes que aceptan dinero electrónico hasta el momento, lo emplean como una alternativa a otras formas de pago de adquisiciones de precio un tanto superior.

El dinero electrónico está pensado para realizar pagos por objetos de precio inferior a cinco (5) dólares, alternativa eficiente, ya que no se incurre en los costos que representan utilizar tarjetas electrónicas. El dinero electrónico funciona para el consumidor de la siguiente manera: contando por un lado con la afiliación a una entidad financiera o comercial que ofrezca este sistema de pago y por otro con el software que permita bajar el dinero electrónico al disco duro de la computadora proporcionado por una empresa proveedora del mismo, la adquisición inicial del dinero se realiza con la cuenta bancaria o una tarjeta de crédito.

Una vez instalado ese software en la computadora del usuario, se procede a realizar las compras en la red, asegurándose siempre que el vendedor de los bienes o prestador de los servicios a adquirir acepta ese tipo de pago. Escogidos los productos y con la disposición de llevar a cabo la transacción, se debe simplemente dar clic en el botón de pago, y el software de la tienda generará una solicitud de pago describiendo la mercancía, el precio total, la fecha y la hora de la transacción.

Una vez generada la solicitud y siempre que la misma sea aceptada, el software instalado en el computador, restará la cantidad de dinero que ampare el precio, y creará un pago que es enviado al banco, quien verificará la transacción y la posibilidad de llevarse a cabo, depositando en la cuenta de la tienda virtual el total requerido. Una vez que se ha concluido este proceso, se notifica a la tienda virtual y ésta envía la mercancía que se ha comprado.

Entre los sistemas de dinero electrónico o digital más usados en la actualidad se cuenta con CyberCash⁸³, pariente de CyberCoin, E-cash y el sistema DigiCash⁸⁴

4.2.3.4 Tarjetas Inteligentes o Smart Cards

Este tipo de pago considerado por los consumidores como “dinero a la vista”, es muy popular en Francia pero poco usado en América. Entre las características del sistema destacan su óptimo funcionamiento, ya que son eficientes, seguras y rápidas, así como aceptadas en tiendas reales y virtuales.

4.2.3.5 La tarjeta monedero o monedero electrónico

Es una tarjeta que incorpora un pequeño chip en el que se almacena el valor prepagado y que permite a su usuario gastarlo en todos aquellos comercios que cuenten con un lector de dichas tarjetas, dicho valor es descontado después de realizar las

⁸³ CyberCash es un sistema de pago que permite la utilización de variados sistemas de pago. La información viaja encriptada con tecnología DES y firmada digitalmente con claves asimétricas.

⁸⁴ DigiCash es un modelo clásico de pago electrónico, es el pionero en el desarrollo de pagos a través de Internet. Este desarrolló un software que permite al cliente retirar el dinero del banco, a través de la denominada “Firma Ciega”. El cliente se conecta en línea con su banco y retira una cantidad de monedas electrónicas previamente firmadas digitalmente por la entidad, las que guarda en el disco duro de su computadora, posteriormente se realizan los pagos a los establecimientos que aceptan las transacciones.

compras. Su funcionamiento es similar a las tarjetas pre-pago que se conocen, utilizadas por ejemplo para activar celulares o para usar las líneas de telefonía pública

Estas tarjetas poseen un valor preestablecido y una clave que las identifica. Cuando se compra en Internet debe asegurarse que el oferente del bien o servicio acepta este tipo de pago, de ser así, al momento de efectuar el pago, se ingresa el número secreto de la tarjeta y el precio se cancela respecto al titular de la tarjeta automáticamente, posteriormente, la compañía emisora de la tarjeta monedero paga lo acordado al oferente, utilizando las políticas propias de la compañía.

4.2.3.6 Tarjeta relacionista

Es una tarjeta que posee un microcircuito que permite la coexistencia de diversas aplicaciones en un sola tarjeta, es decir, esta funciona como tarjeta de crédito, de débito, dinero electrónico, etc., y presentará en un solo instrumento la relación global entre el cliente y la institución financiera o comercial. Actualmente es VISA quien tiene a su cargo la creación y distribución de este medio de pago.

4.2.3.7 Los micropagos

Existen ciertas transacciones de montos muy bajos, generalmente inferiores a diez (10) dólares, que no pueden ser soportadas por los sistemas tradicionales de pago, ya que el costo de procesamiento superaría el monto de la transacción. Estas transacciones son denominadas *micropagos*, y su importancia aumenta ya que permite por ejemplo, el comercio de fotografías, imágenes, noticias, pequeños programas y otros elementos que puedan tener un valor unitario bajo, así como para poner en práctica

esquemas de pagar por ver páginas web, pagar por jugar un juego a través de la red, pagar por música, etc.

Una manifestación concreta de micropagos se presenta en los llamados derechos digitales. En efecto, una compañía que comercializa libros o música, desea vender en línea sus productos. El problema radica en que no puede entregar el original ni permitir que el usuario copie el archivo, para lo cual se ha desarrollado un sistema que permite a la compañía cobrar a un cliente en línea una determinada cantidad inicial al momento de solicitar por primera vez el libro o la música, posteriormente se le cobra una cantidad sustancialmente menor por cada vez que vuelva a leer el libro o a escuchar el archivo musical.

4.2.3.8 *Cupones Electrónicos*

Una de las formas de micropagos son los “*scrips*” o cupones electrónicos que representan dinero, derechos de acceso, puntos, etc., con los que el comprador obtiene la mercancía del vendedor. Estos cupones son adquiridos al emisor por el potencial comprador, y son gastados por este último en pequeñas cantidades con los distintos comerciantes que aceptan el sistema, quienes a su vez lo revenderán al emisor

4.2.3.9 *El cheque electrónico*

Los sistemas de pago basados en cheques electrónicos disminuyen considerablemente los costos de procesamiento de cheques y mitigan la posibilidad de fraudes al utilizar firmas electrónicas en reemplazo de firmas ológrafas. El cheque electrónico es el equivalente en la red de un sistema de cheque tradicional, en éste, el cliente abre una cuenta en un banco que tiene habilitado el sistema y se crea una especie

de talonario de cheques electrónicos, al cual se accede generalmente mediante el uso de una tarjeta inteligente.

Este sistema permite al cliente crear su cheque, individualizar al destinatario, llenarlo con la cantidad correspondiente y firmarlo electrónicamente, con lo que se agregan elementos de seguridad y confianza al usar criptosistemas de clave pública y privada y enviarlo por correo electrónico. El cheque electrónico permite que el receptor lo endose mediante una firma electrónica y lo envía a un tercero o a su banco. El banco verifica la autenticidad del mismo y de la firma que lo avala, y acredita en la cuenta del receptor el monto correspondiente. El portador puede verificar la disponibilidad de fondos del banco del pagador, comprobando además la firma electrónica estampada.

4.2.3.10 El pago por correo electrónico o e-mail

Estos sistemas aprovechan el correo electrónico o e-mail que es la aplicación más difundida de la red, no requieren software especiales ni exigen afiliación de ningún tipo, permiten la privacidad ya que no viajan datos sensibles por la red y, tienen un costo operativo bajo, lo que les permite convertirse en una excelente oportunidad para pagos de bajo monto. Son sistemas que permiten efectuar transferencias de dinero entre usuarios, utilizando el correo electrónico como medio de notificación. Los usuarios efectúan sus transacciones a través del sitio de Internet de la compañía que ofrece el servicio, sitio al cual acceden mediante una clave secreta o *password* única.

En general, estos sistemas permiten diversos métodos de depósito y retiro de dinero, incluyendo efectivo, tarjetas de crédito y transferencias desde cuenta bancaria, cuyo funcionamiento es por lo general, el siguiente:

- a. El usuario se registra en el sistema y deposita el dinero “*directamente*” en la cuenta bancaria de un banco comercial designado por la empresa prestadora del servicio, mediante una transferencia electrónica de fondos, depósito en efectivo o cargo en tarjeta de crédito.
- b. El usuario firma física y electrónicamente un documento que contiene las instrucciones que otorga a la empresa para realizar en su nombre los pagos que el usuario indique. La empresa actúa como mandatario del usuario y cumple con las instrucciones recibidas, enviando el dinero a quien el usuario decida.
- c. Para enviar el dinero, la empresa envía un correo electrónico al destinatario, “notificándole” que el remitente le ha hecho un giro de dinero. La transacción de dinero no viaja por la red, sólo viaja la información.
- d. El destinatario tiene la posibilidad de retirar el giro, dando instrucciones a la empresa para que le efectúe la transferencia de fondos a su cuenta corriente, le entregue el dinero en efectivo o se lo abone a su tarjeta de crédito.

El desarrollo de Internet y del comercio electrónico y de las relaciones contractuales surgidas al interior de éste, ha producido la creación y difusión de diversos métodos de pago para realizar las transacciones electrónicas seguras. Muchos de estos métodos ya se están implementando como soluciones, otros deberán ser probados por el mercado. Conceptos como autenticación, confidencialidad, certificación y anonimato, al parecer son las claves de funcionamiento de los sistemas de pagos electrónicos en el mundo virtual.

CAPÍTULO CINCO

“Aspectos probatorios de la contratación electrónica”

5. LA PRUEBA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El establecimiento material de los hechos, que es lo que constituye la cuestión de hecho del pleito, se traduce en la práctica en la producción y la valoración de la prueba. La apreciación de la prueba constituye una de las actividades más importantes que desarrolla el juez, sobretodo en el proceso civil y mercantil, dominado por el proceso dispositivo, pues aquí termina la labor de las partes, y entra de lleno el actuar del Juez, quien en su análisis dará por probados o no los hechos invocados por las partes.

Le corresponderá al Juez, examinar la prueba rendida y valorarla, determinando la eficacia de los diversos medios probatorios y la influencia que ejercen en la formación de su convicción, para los efectos de la resolución del asunto controvertido, materia que le pertenece privativamente a los jueces.

5.1 Sistemas de valoración de la prueba

Entre los diversos sistemas de valoración de la prueba, los más conocidos son el de la prueba legal, tasada o regulada, el sistema de libre convicción y, el sistema de la sana crítica, de los cuales puede decirse lo siguiente:

- a. El sistema de **valoración legal, tasada o regulada**, es aquel en el cual la ley señala al tribunal competente, por anticipado, el grado de eficacia justificativa de cada uno de los elementos probatorios admitidos. Es un sistema de derecho estricto, en cuanto priva al Tribunal de cualquier intervención personal o subjetiva en la apreciación de la prueba, y al efectuar ésta, debe sujetarse a las normas preestablecidas por la propia ley.

- b. En el sistema de **prueba de libre convicción**, se sigue un criterio distinto, el tribunal puede decidir en conciencia, evaluando libremente el mérito de las pruebas rendidas.
- c. El sistema de la **sana crítica** o de acuerdo a las reglas de la sana crítica, es aquel en el cual el Tribunal debe aproximarse a la verdad judicial de la mano de sus conocimientos jurídicos, la razonada ponderación de los aspectos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio y la recta intención, sobre la base de los medios de prueba que señala la ley.

En los ordenamientos jurídicos en los cuales rige el principio de prueba legal, como el salvadoreño, la admisión del documento electrónico como medio de prueba, requiere que el legislador lo considere expresamente, en forma directa o al menos indirecta, como idóneo para acreditar un hecho.

En cambio, según el principio de libre convencimiento del Juez, las partes podrán acompañar sus pretensiones de documentos electrónicos y el juez no tendrá obstáculos para admitirlo como medios de prueba, ello, porque no habrá norma alguna que inhiba al juez para utilizar los documentos electrónicos como medios de prueba, para admitirlos en subsidio de otros, imponiéndoles una determinada eficacia probatoria, lo cual no significa que el juez deba necesariamente atribuirle plena aptitud probatoria a este tipo de documento sin valorar con anterioridad su autenticidad y veracidad.

5.2 Ideas preliminares de la prueba electrónica

La posibilidad de probar una declaración de voluntad, es presupuesto de éxito del ejercicio judicial de una pretensión. Ésta, sin embargo es una cuestión que plantea algún

problema en el ámbito de la contratación electrónica.

En cuanto al soporte electrónico como medio de prueba, existen tres posturas fundamentales, a saber:

- A. La de incluir el soporte informático en la categoría de documento: los argumentos en que se sustenta esta postura son de origen etimológico, normativo y jurisprudencial. En primer lugar, el vocablo “*documento*”, viene del latín “*docere*”, que significa mostrar, ilustrar o hacer comprender algo, de donde, se deduce que la categoría de documento abarca también al soporte electrónico. En segundo lugar, en muchos países, equiparan en sus ordenamientos jurídicos, al documento electrónico con el documento escrito y, finalmente, existe jurisprudencia o doctrina internacional al respecto, la cual viene a inducir que como es un documento válido, es prueba por escrito de una relación jurídica obligacional.

- B. Considerar al soporte electrónico como un hecho susceptible de reconocimiento judicial. Esta postura tiene su apoyo en la circunstancia, que éste soporte no constituye un documento en sentido estricto, pues carece de la corporeidad que le otorga un pedazo de papel. Desde esta perspectiva, no resulta tan imperioso ensanchar el concepto de documento para dotar de eficacia probatoria al soporte electrónico.

C. Introducir en el catálogo de medios de prueba, una nueva categoría con valor probatorio: la prueba electrónica, la que comprende a todos aquellos instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines relevantes para el proceso.

Es necesario aclarar que el valor probatorio de los soportes electrónicos dependerá de cuatro variables: la autenticidad, la fiabilidad, la inalterabilidad y la accesabilidad de los mismos, constituyéndose en requisitos indispensables para subsumirlos en la categoría de documentos, que a pesar de poseer los caracteres de volátil y regrabable según el tipo de soporte utilizado en ellos, permiten cualquier tipo de alteración o modificación, creando un grado de vulnerabilidad de los datos personales y patrimoniales en virtud del medio empleado, al observar las debidas precauciones y empleando las técnicas adecuadas, la posibilidad de manipulación es netamente inferior al de los documentos materiales o tangibles, por tal razón, adquieren especial fuerza probatoria otros medios que consagra la misma ley, cuyo estudio es necesario hacer en la contratación electrónica.

Hay que tener presentes dos ordenes de consideraciones en relación con el tema de la prueba en la contratación electrónica:

1. En primer lugar, que la contratación electrónica no produce ninguna modificación al derecho preexistente que no sea aquella que está siendo introducida nacional e internacionalmente en atención a sus especiales peculiaridades. Ello significa que lo concerniente a los sistemas y medios

probatorios en el advenimiento del contrato electrónico no produce modificación ni al sistema salvadoreño que regula la forma de rendir la prueba en los procesos ante los tribunales ordinarios, ni tampoco a los distintos medios de prueba, ni a su valor en sí mismo, etc., la única excepción a lo dicho, como consecuencia de lo novedoso del comercio electrónico, es la aparición de un nuevo tipo de documento: el mensaje electrónico de datos.

2. En segundo lugar, que en la cuestión de los medios probatorios, el comercio electrónico presenta una fuerte influencia de la doctrina y la normativa internacional, por la naturaleza internacional que una parte muy importante de los contratos tiene, y por otro lado, que en un número muy importante de casos, se pactan sistemas alternativos de solución de conflictos, con especial referencia al arbitraje.

5.3 Justificación legal de la prueba electrónica

El éxito del comercio electrónico está determinado fundamentalmente por el problema de la seguridad y de la prueba, por lo que es indispensable que se articulen los medios necesarios y que se evite la indefensión que se produce en algunos casos. En efecto, el derecho a la prueba va unido al derecho fundamental de la defensa en juicio, y conlleva la determinación de si un proceso se ha realizado con todas las garantías. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa protege a cuantos acuden a los jueces y tribunales.

Al hablar de medio de prueba “pertinente” se está haciendo referencia a la adecuación que deben tener las pruebas con el tema u objeto del juicio, sin que ello

quiera determinar que clase de prueba puede elegirse. Lo que interesa y da validez a las pruebas empleadas es la relación que las pruebas guardan con lo que constituye el *thema decidendi* para el tribunal, y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la convicción del mismo.

Por otro lado el Art. 19 y siguientes del Código Civil salvadoreño, establecen que las normas se interpretarán según el propio sentido de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellos. Por lo cual la ley tendría que adaptarse a la realidad coyuntural de El Salvador.

Con respecto a lo anterior, el Art. 268 Cn. manifiesta lo que debe entenderse por documento, indicando que las innovaciones tecnológicas, grabaciones magnetofónicas y audiovideo pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal, en la medida que son expresiones de la realidad social que el derecho no puede desconocer.

Asimismo es de señalar el derecho a pedir amparo que el Art. 247 inc. 1° Cn. reconoce a toda persona por violación a los derechos que la misma Constitución le otorga, observándose violación al derecho a la defensa, el no permitir rendir prueba pertinente e influyente en el proceso, por lo que si una prueba de dispositivo electrónico es denegada, daría lugar a que el interesado pueda promover una acción de amparo, siendo necesario, en consecuencia regular su valoración, proposición, práctica, cotejo de su veracidad y autenticidad, con las garantías suficientes y bajo criterios actuales de estos nuevos medios.

Finalmente, es válido señalar que el Código Civil determina que incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que lo opone, es decir, el demandante probará los hechos constitutivos de su derecho y, el demandado los extintivos, de acuerdo con el *onus probandi*, siendo en consecuencia necesario que exista un régimen jurídico que regule el aspecto probatorio de este tipo de contratación.

5.4 Principios probatorios en la contratación electrónica

En la contratación electrónica, la constitución de la prueba es un aspecto de suma importancia, pues en su celebración, el contrato, requiere que los derechos y obligaciones se establezcan en un documento para preconstituirla, en virtud que al momento de hacerla valer en juicio demuestre la veracidad de los hechos y pueda deducirse la responsabilidad por el cumplimiento o incumplimiento defectuoso de la obligación. Por lo cual, es necesario que se respeten los principios probatorios siguientes:

a. Asimilación de lo escrito bajo formato electrónico con lo escrito sobre un soporte papel: así, lo escrito bajo forma electrónica adquiere la misma fuerza probatoria que en el papel, ya que en el comercio electrónico se desmaterializa las relaciones entre las partes, teniendo a su cargo éstas, la obligación de establecer en todos los casos un instrumento para preconstituir la prueba, ya que no es posible hacerlo en forma tangible, puesto que en el mismo, toda la relación jurídica se realiza a través de medios electrónicos. Esta asimilación trae consigo dos consecuencias muy importantes:

1. La prueba informática debe ofrecer al menos las mismas garantías que la prueba en papel. Las garantías del papel son conocidas: integridad,

durabilidad, posibilidad de estampar una firma sobre el mismo soporte material que es el texto del compromiso. Además, es indispensable que conserve un estado fijo durante el tiempo jurídicamente necesario como mínimo, el que se requiere para la ejecución de las obligaciones, y como máximo, el que impone las reglas de prescripción. A este efecto es conveniente recurrir a las cuatro variables que determinarían el valor probatorio de los soportes electrónicos, las cuales son:

- 1.1 Autenticidad: los medios técnicos empleados deben poder garantizar de manera razonable que la voluntad emitida a través de los mismos pertenecen a la persona que se le imputan. En el mundo real, se habla de documento auténtico, haciendo referencia al documento original, sin embargo, en el mundo virtual no es problema que no exista más original que aquel que se encuentra almacenado en la memoria de la computadora.
- 1.2 Fiabilidad: la eficacia probatoria del documento electrónico dependerá de que se pueda acreditar la exactitud entre el contenido del mensaje remitido por el autor y recibido por el receptor. Una de las técnicas más eficaces para contrarrestar este riesgo es la encriptación.
- 1.3 Inalterabilidad: los medios electrónicos utilizados deben suscitar una confianza razonable en que las comunicaciones no hayan sido alteradas por un tercero sin que las partes se hubieran percatado de ello. Nuevamente los criptosistemas se convierten en una herramienta de extraordinario valor para neutralizar tal riesgo.

- 1.4 Accesibilidad: las evidencias electrónicas han de poder ser conocidas, valoradas y analizadas por las partes, con el objeto de servir a sus estrategias procesales. Por lo cual, los documentos electrónicos deben ser accesibles a través de su lectura o visualización en la pantalla de la computadora. En este sentido, en la medida de lo posible deberán aportarse transcripciones escritas de la evidencia electrónica de que se trate.
2. Las reglas referentes a la prueba en papel deben ser susceptibles de aplicarse a la prueba informática. Ejemplo de ello es lo señalado por el Art. 1580 C., al decir: “*Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones*”. Pero en materia mercantil, en lo relativo a la prueba, con base a la naturaleza de las obligaciones contraídas, las cuales por la rapidez y la forma en que se acostumbra a efectuarse, no permiten en la mayoría de los casos, preconstituir la prueba escrita. En la contratación electrónica, la regla referente a la prueba en papel es susceptible de aplicación a la prueba electrónica, esto en virtud “*ad probationem*”, y no para determinar la existencia y validez del contrato, puesto que por la naturaleza del medio empleado para contratar será indispensable que se preconstituya la prueba para hacerla valer en caso del no cumplimiento de la obligación.

Puede señalarse además como ejemplo lo que concierne a la regla de los documentos originales y copias que se presentan en juicio, ya que

en materia electrónica existe el problema de que en los actos instrumentados digitalmente no puede hacerse una distinción entre el original y la copia, por lo cual, de acuerdo con el avance tecnológico, al ofrecer la posibilidad y garantías suficientes, puede omitirse el requisito del doble ejemplar tradicional, y considerar originales a todos los instrumentos que hayan sido generados a partir del primero. Es decir, que en la medida que se garantice la inalterabilidad del mensaje puede considerarse a un documento electrónico como original, apreciándose cada caso en particular.

- b. La equivalencia funcional plena entre el documento electrónico con firma electrónica y el documento con firma manuscrita:* debiendo reconocerse plena validez a los actos y contratos otorgados y celebrados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, suscritos por medio de firma electrónica, los cuales serán válidos de la misma manera, y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y suscritos en forma manual, ello porque la firma no sólo indica al autor del documento, sino que lo hace responsable de su contenido.

Existe una cuestión en cuanto que el documento electrónico firmado digitalmente no es suficiente para garantizar los resultados tradicionalmente asegurados por la firma ológrafa, siendo necesario que existan entidades que certifiquen la validez de esas firmas en Internet.

Existen tres limitaciones en cuanto al valor probatorio de los documentos electrónicos firmados también por medios electrónicos, no pudiendo ser

aplicables a los actos y contratos celebrados en los casos siguientes:

1. Casos en que la ley exige una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante un documento electrónico, por lo cual, no servirá para tener por perfeccionado el acto, aquel documento que lleve firma electrónica.
2. Casos en que la ley requiera la concurrencia personal de alguna de las partes.
3. Casos relativos al derecho de familia.

c. ***Los documentos electrónicos podrán ser presentados en juicio:*** es decir, que se debe admitir en forma irrestricta a unos y otros como prueba en juicio, no importando que sean o no materiales o intangibles. Por lo anterior, es perfectamente admisible la utilización de estos nuevos elementos probatorios en el proceso judicial, siempre que en su obtención se empleen medios lícitos, se demuestre su autenticidad, veracidad, fidelidad y se observe el principio de contradicción.

Es necesario entonces, que para determinar la responsabilidad civil por daños causados por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de la obligación, que el perjudicado pruebe el incumplimiento o defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, dentro de la contratación electrónica.

d. ***Debe valorarse la prueba electrónica conforme a los criterios generales procesales de apreciación de la prueba común,*** los cuales ya han sido señalados anteriormente.

5.5 Reglas probatorias en la contratación electrónica

Los documentos electrónicos pueden ser presentados en juicio como medio de prueba, para determinar la responsabilidad de la parte que no ha cumplido con su obligación o la ha cumplido defectuosamente, por consiguiente el Juez debe sujetarse a las reglas probatorias siguientes:

- A. El juez aceptará su presentación como prueba, considerando los antecedentes de fiabilidad de la forma en que se generó, archivó o comunicó el respectivo documento y de la conservación de su integridad, por la razón que tal documento está sujeto a muchos riesgos que pueden alterar la calidad de la información que se quiere presentar al tribunal como prueba.

- B. Los documentos cuya firma electrónica esté debidamente certificada por prestadores acreditados, tendrán el mismo valor que los instrumentos privados o públicos, según sea su naturaleza. Tratándose de instrumentos privados, se tendrá por reconocida su autoría e integridad. En cuanto a los instrumentos públicos, los documentos electrónicos escasamente tendrían el mismo valor, pues aquellos deberán ser extendidos u otorgados por el competente funcionario (en El Salvador por notarios), con las solemnidades legales, y no podrán serlo en virtud de la regla que establece que no será admisible el documento electrónico, en los casos en que la ley exija una solemnidad que no sea susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, no obstante, cabe la posibilidad de que en el futuro se pueda crear algún medio de certificación a cargo de un notario, que permitirá a éstos que incorporen a su registro público los documentos electrónicos otorgados antes su oficios, lo que daría lugar a una ***“Escritura Pública***

Electrónica”, teniendo desde luego el mismo valor probatorio que la escritura pública tradicional.

- C. Los documentos electrónicos no comprendidos en los dos casos anteriores, sólo podrán estimarse como base de una presunción judicial. Esta regla residual tiene por objeto que todo documento electrónico que no pueda ser considerado como un instrumento público o privado, pueda servir como base o antecedente para que el tribunal configure una presunción judicial a partir de éste. Lo interesante de esta regla es que en ella se comprenderá en especial a los documentos electrónicos que no lleven ninguna clase de firma electrónica, por lo tanto, no pueden ser considerados como instrumentos en el sentido tradicional del término.

- D. La producción de la prueba de los documentos electrónicos, se regirá por las normas generales que sean aplicables en consideración a la naturaleza del documento, y haciendo más extensiva esta regla, también en todos aquellos medios de prueba que no sea la documental, siempre y cuando se adecuen a las peculiaridades de la informática. Esta regla quiere manifestar que la oportunidad, ofrecimiento, impugnación y demás cuestiones procesales relacionadas con ellas se rigen por las normas generales de la ley procesal

- E. En aquellos procedimiento en los cuales el juez deba valorar el mérito probatorio de acuerdo a su libre convicción o según las reglas de la sana crítica, no regirán las reglas B y C, en cuanto que el tribunal será soberano

para asignar valor probatorio a los documentos electrónicos tengan o no firma electrónica que los ampare.

- F. Cuando la prueba conste por escrito por medios electrónicos y no en soporte papel, en el sistema de prueba tasada, será necesario recurrir a otros medios probatorios a fin de acreditar su existencia, pues el tribunal no es soberano en asignarle valor probatorio, sino que es la ley la que lo determina. Esto no quiere decir que no podrán presentarse otros medios probatorios en los demás sistemas de valoración de la prueba.

En el **sistema legal tasado**, el documento electrónico impreso en papel, desde la perspectiva jurídica, es una mera constatación de su existencia, porque se plasma en el papel, lo que electrónicamente contiene el documento, y aunque formalmente el contenido puede ser el mismo, probatoria y jurídicamente no lo es, especialmente en razón de la escasa certeza que puede ofrecer un documento impreso en cuanto a que puede ser objeto de alteraciones fácilmente, adquiriendo especial fuerza probatoria otros medios que consagra la ley.

5.6 Medios probatorios en particular

En un sentido restringido, la prueba electrónica con perfiles propios se circunscribe en primer lugar, y con caracteres de primera instancia, al documento electrónico (DE) o mensaje de datos (MD) puro y simple, acompañado en su caso de firma digital (FD) simple o acompañada de certificación (CE), y en segunda instancia al peritaje electrónico e informático, incluso por las razones antes expuestas, dentro del

comercio electrónico cobran especial fuerza probatoria otros medios como lo son: la prueba testimonial, la confesión, la inspección personal del juez y las presunciones judiciales, ya que pueden servir para acreditar el contenido o la firma de un documento digital.

5.6.1 La prueba electrónica documental.

A. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO O MENSAJE DE DATOS

En cuanto al documento electrónico, lo primero que cabe precisar es que no constituye prueba electrónica, el texto impreso en papel, a partir del contenido de una computadora acompañado de firma, éste es un documento privado en sentido tradicional, puro y simple.

El verdadero documento electrónico es el que se crea, conserva, transmite y eventualmente se firma por medios electrónicos, sin perjuicio que pueda convertirse o reproducirse en soporte de papel, con la finalidad de facilitar su manejo y estudio.

En cuanto a las dudas sobre la falta de autenticidad de un DE, éstas pueden derivar de varias causas, referidas a las fases de elaboración, memorización y transmisión. Así, un documento puede no ser auténtico porque en la fase de elaboración, un dato ha sido digitado erróneamente o ha sido omitido, en la fase de memorización pudo haberse verificado disfunciones del computador debido a excesos o defectos (*bugs*) de los programas, defectos causados por la temperatura, la humedad, el voltaje, etc., o porque en la fase de transmisión los disturbios en la línea causaron alteraciones de datos.

Las alteraciones pueden ser causadas también intencionalmente por personas

internas o externas al sistema. Por ello, de modo eficaz, para garantizar la seguridad de los datos, se da la adopción de técnicas criptográficas para escribir los datos y programas inteligibles para quienes desconozcan la clave criptográfica y el algoritmo de transformación. Por lo cual, será válido el mensaje de datos, siempre y cuando se garantice su seguridad, aún cuando la ley exija el requisito en papel.

Además, un mensaje de datos satisface los requerimientos tradicionales de **la escritura, la firma y el original**. Con relación a la escritura, donde la información debe constar por escrito queda cumplido con un mensaje de datos, siempre y cuando la información en el contenida pueda ser conocida posteriormente. Para el caso de la firma, el requisito queda cumplido si el método utilizado para firmar reúne las siguientes características:

1. Permite identificar a la persona y determinar con ello que ha consentido el contenido del mensaje de datos.
2. Es fiable y apropiado a los fines para los cuales se generó o comunicó el mensaje de datos.

En cuanto al requisito del original, pareciera que los mensajes de datos no podrían cumplir con él. se entiende por tal, el soporte en el que por primera vez se plasma la información y los destinatarios de los mensajes siempre reciben una copia de estos.

En el Art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI se establece que cuando la ley incorpora el requisito de que la información sea presentada o conservada en su forma original, éste quedará cumplimentado siempre y cuando:

- a. Existan garantías fidedignas de que la información se ha mantenido inalterada desde el momento en que se generó y,
- b. La información esté disponible cuando sea requerida.

Como se observa, en la medida que sea garantizada la inalterabilidad del mensaje puede considerarse a un documento electrónico, como original, apreciándose cada caso particularmente.

En El Salvador, no existe aún, regulación legal del mensaje de datos, ni tampoco en lo concerniente a la firma digital que lo consolida automáticamente, a excepción de la breve referencia que al respecto hace la Ley de Bancos de la misma, y a la cual ya se hizo relación anteriormente.

En los países en que esta situación está regulada con criterio general, los datos registrados electrónicamente tienen el mismo valor probatorio que los documentos privados en soporte papel, con tal que se encuentren firmados digitalmente, pero a falta de firma, se pegan a la prueba por presunción judicial.

Un tema de especial preocupación en la doctrina y el derecho, es la prueba electrónica de las condiciones generales de contratación (CGC) utilizadas de modo habitual en los contratos de uso masivo. Los principios generalmente aceptados que se aplican a la prueba de las CGC son aplicables a la prueba electrónica. En primer lugar, la carga de la prueba corresponde al que redacta y elabora las CGC, y en segundo lugar, se admite como prueba de los mismos cualquier DE, como cintas, grabaciones sonoras, disquetes, CD y otros medios de almacenamiento, siempre que quede garantizada su

autenticidad, la identidad confiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado y el momento de su emisión y recepción.

Cabe destacar también que existe en algunos países una regulación probatoria propia de la factura electrónica. En el país no existe la factura electrónica, pero en el Código de Comercio se estipula como un medio para probar las obligaciones mercantiles la factura comercial a la que se hará referencia posteriormente.

B. LA PRUEBA EN LA CERTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y EN LA ENCRIPCIÓN

La seguridad de los usuarios o actores del comercio electrónico, sean consumidores, empresa o el propio gobierno, al realizar actos jurídicos en el medio digital, se garantiza tanto por la transmisión de datos en páginas protegidas mediante mecanismos de encriptación, como por el uso de las denominadas firmas o llaves digitales, con el fin de certificar la identidad de las partes contratantes, lo que implica garantizar que quienes ejecutan el acto o celebran el contrato electrónico sean efectivamente quienes dicen ser, se evite la eventual repudiación o rechazo de los mensajes transmitidos y se asegure la integridad de los documentos.

En un plano más general, mediante la certificación se trata de reemplazar válidamente en un contexto tecnológico el requisito o símbolo externo que da autenticidad y permite atribuir a los documentos soportados en papel a un autor, a saber, la firma o rúbrica de las partes o de su autor, en el caso de las escrituras privadas, y además la firma del funcionario o notario como formalidad legal, en los países que adopten esto último, tratándose de instrumentos públicos, requisito históricamente ligado

a acuerdos entre persona presentes e incompatibles con los contratos vía redes o telemáticos.

Desde el punto de vista del derecho procesal, y en particular de la prueba, que es el que aborda el presente apartado, en caso de controversia se presenta el problema de probar indubitadamente en un proceso judicial la realización y los términos exactos en que se desarrollaron los hechos relativos al envío de mensajes entre emisores y receptores, demostrando que una parte (emisor) realizó un determinado documento electrónico ante una oferta o proposición de negocio, que al aceptar firmó digitalmente un mensaje de datos (y eventualmente que su firma fue debidamente certificada), por lo cual, el objetivo es lograr que tales certificados electrónicos donde se establecen los hechos de la “realidad virtual” tengan valor probatorio como tales, y que jurídicamente constituyan instrumentos asimilables a los documentos públicos o privados a pesar de no estar soportados en papel.

C. EL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO CERTIFICADO

Una vez que se ha verificado que el DE cumple con las cuatro condiciones que hacen posible que se asimile con el documento escrito: autenticidad, fiabilidad, inalterabilidad y accesibilidad, a través de los mecanismos de seguridad en Internet, entonces, se podrá otorgar valor probatorio al mismo, además de cumplir con aspectos procesales como pertinencia, esencialidad, indubitabilidad, y que en su obtención no se ha violado ningún derecho, y no han sido contradichos por otros elementos probatorios.

El DE al ser aportado en tiempo y forma y al ser reconocido plena y expresamente como válido por la otra parte, se asimila al instrumento privado, pero si el

documento no es aceptado como legítimo por la parte a quien persigue la acción, éste se tendrá por reconocido de la manera como lo expresa la ley procesal, a instancia de la parte contraria.

También gozará de legitimidad, si mediante prueba de confesión se ha determinado su autenticidad y autoría. En caso contrario habrá que acudir a la prueba pericial, para que mediante el análisis criptográfico respectivo de la firma digital u otro elemento de convicción, se determine la autoría, autenticación e integridad del mismo, siempre y cuando se observe la ausencia de manipulaciones y la fidelidad de los procedimientos de registro electrónicos con la expresión de la voluntad de las partes en su intención de obligarse.

5.6.2 La prueba electrónica pericial

La complejidad técnica de los conocimientos informáticos, exige que los jueces necesiten ser coadyuvados por peritos en la materia, el peritaje pasa a ser entonces, el segundo medio de prueba que en el comercio electrónico tiene características propias.

La pericia informática es una materia sumamente compleja por el rápido y constante surgimiento de nuevas técnicas. Por ello, es interesante plantear algunas ideas sobre la metodología aplicable por un perito informático.

Respecto a los métodos y técnicas utilizados, ellos tendrán que ver con el objetivo del peritaje y el entorno en que se realice, en muchos casos, puede limitarse al análisis de la documentación recibida, y en otros, habrá de realizarse muestreos

estadísticos, revisión de programas, pruebas, análisis de software y hardware, librerías de programas, bases de datos y otros.

Esta tarea denominada por algunos *auditoria jurídica informática*, puede comprender entre otras, las áreas de: investigación de datos de carácter personal de los usuarios de sistemas; de la integridad de programas y archivos computacionales; de funcionamiento de equipos al nivel de computadoras personales; servidores de red y terminales; de conexión o acceso remoto comprendiendo redes internas o intranets y redes externas, cerradas o públicas como Internet; de aspectos relacionados con la propiedad intelectual e industrial; de contratos y documentos electrónicos de seguridad y auditoria informática y de telecomunicaciones.

Hay técnicas que se usan en el desarrollo de aplicaciones o en auditoria informática, pero que también pueden ser utilizadas en algún caso pericial concreto. En todo caso, el perito habrá de elegir la técnica más adecuada o una combinación de varias, efectuando pruebas simples con datos específicamente preparados para ello o bien pruebas integradas, que pueden combinarse con la grabación de los datos leídos, pueden permitir detectar codificación errónea o no autorizada, sobretodo en el caso de que se modificara de forma dinámica, pueden incluirse módulos o rutinas en los programas reales que tomen datos o hagan ciertos recuentos sin llegar a afectar los resultados.

También existen técnicas de simulación en paralelo, que consiste en usar datos reales con programas preparados por el perito o a petición suya, para verificar posteriormente los resultados, se puede realizar un seguimiento de programas o *tracing*, como el que se usa en el desarrollo para depuración, y finalmente, puede ser necesario

revisar la codificación de programas o analizar registros de distinto tipo, como los que guardan los paquetes o módulos de gestión de librerías sobre cambios realizados o los registros del paquete de seguridad, quién accedió, a qué y cuándo u obtener por medio de ellos los perfiles de los usuarios.

El uso de estas técnicas periciales pueden dar como resultado una conclusión sobre la existencia, integridad y probable origen de datos informáticos en particular para determinar la veracidad de un hecho o de un acto jurídico sostenido en juicio.

En la contratación electrónica, la prueba pericial puede determinar el contenido y la autenticidad del documento electrónico e informático, siempre que sea de influencia en el pleito, sobretodo, mediante el análisis criptográfico de la firma digital u otro elemento de convicción.

Para terminar, hay que recordar que la labor del perito consiste en suministrar al juez una base científica, técnica o práctica para que éste pueda juzgar la controversia sobre lo que versa el informe pericial.

5.6.3 La prueba electrónica en la confesión de las partes

Esta constituye otro medio de prueba en la contratación electrónica, porque al ser presentado un DE en juicio, éste gozará de legitimidad si mediante prueba de confesión se determina su autenticidad y autoría. Esto sucede también porque las partes al hacer una confesión, declaran sobre la certeza y veracidad de los documentos generados por procedimientos electrónicos e informáticos aportados y unidos a los autos.

En juicio para probar el contenido del DE, es decir, los derechos y obligaciones que emanan el acto o contrato, tales documentos deberán ir acompañados de su salida impresa o documento impreso que coincida con el original, tal armonía puede legitimarse por la confesión hecha por las partes para que tenga valor probatorio.

5.6.4 El reconocimiento judicial

En el comercio electrónico para probar la celebración de un contrato y las obligaciones que se derivan de él, en caso de controversia, por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación, y poder determinar al responsable jurídicamente, el juez, en caso que esté posibilitado para hacerlo, podrá cuando lo considere conveniente, hacer una inspección personal de las instalaciones que han generado el documento electrónico o informático, si lo cree conveniente presentarse acompañado de un perito para poder determinar la autenticidad del mismo o el proceso de su elaboración para determinar posibles manipulaciones.

5.6.5 La prueba testimonial en la contratación electrónica

En la contratación electrónica es muy difícil de considerar este tipo de prueba, puesto que no produce en el juzgador mayor certeza y veracidad de lo declarado, no logrando el pleno convencimiento del funcionario, porque tal medio de prueba puede prestarse a sobornos, como también es difícil establecer la idoneidad de los mismos, en virtud que un contrato electrónico se lleva a cabo entre ausentes, porque no existe presencia física de quienes han contratado en tiempo real.

A pesar de lo anterior, se puede afirmar que estos testigos, al ser personas no inhábiles para declarar, y sin tener relación alguna con el proceso, y que por cualquier

razón hayan estado presentes en el proceso electrónico o en la generación o manipulación del documento, pueden emitir declaraciones de los hechos observados, con la finalidad de formar la convicción del juez.

Para que pueda presentarse prueba testimonial en el juicio, se debe recordar que al hablar de comercio electrónico, como nueva modalidad de contratación en el mundo, éste no produce ninguna modificación en el derecho preexistente, en consecuencia, este tipo de prueba deberá respetar las normas generales en cuanto a la prueba testimonial del derecho sustantivo y procesal común, como lo son las normas que establecen quienes son capaces o incapaces para ser testigos, la tacha de los mismos, etc., inclusive por la naturaleza mercantil de esta actividad, la prueba testimonial podrá ser presentada sin importar la cuantía del objeto litigioso, ya que de acuerdo con el derecho civil, no se admitiría prueba testimonial cuando la obligación haya debido consignarse por escrito y no sobrepase la cuantía estipulada en la ley para tal efecto.

Es necesario hacer la aclaración que esta regla operaría en el comercio electrónico en cuanto que, **si existe un documento que no es tangible, pero que en el proceso electrónico éste ha sido manipulado para dejar constancia de lo pactado, entonces, la prueba con base a testigos es únicamente sobre lo observado en tal proceso.**

5.6.6 Las presunciones en la contratación electrónica

En el comercio electrónico se presumirá la validez de los documentos o registros informáticos y electrónicos, siempre que sean una reproducción y registro fiel y

completo de los documentos o registros originales y de su contenido, salvo prueba en contrario soportada por quien los tache de inexactos.

En cuanto a las presunciones legales, así como lo estipula el Art. 45 C. y el Art. 409 Pr., dispensan de la prueba del hecho a la parte a la que ésta favorezca, puesto que es la ley la que lo presume, pero a diferencia de las presunciones de derecho expresamente determinadas por la ley, en las legales existe la posibilidad de rendir prueba en contrario para desvirtuarlas, pero parten de que sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho haya quedado establecida mediante admisión o prueba. Por ejemplo, se presumirá legalmente como válida la firma electrónica cuando cumple con los requisitos necesarios para producir los efectos de equivalencia con la manuscrita y con los que den seguridad de su suscripción.

Salvo en los casos en que la ley expresamente lo prohíba, la presunción legal admitirá prueba en contrario, dirigida a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamente la presunción. Es decir, que si alguna prueba en contrario acredita completamente que el documento original del que se deduce está manipulado o no es auténtico, queda desvirtuada la presunción.

En lo relativo a las presunciones judiciales que operan en el comercio electrónico, principalmente cuando el DE no pueda ser considerado como instrumento público o privado, pero pueda servir como base o antecedente para que el tribunal configure tal presunción. Por lo cual, de acuerdo con el Art. 1583 C. y 409 Pr., para

efectos del proceso, se harán a partir de un hecho admitido o probado, donde el tribunal podrá presumir la certeza, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto, existe un enlace preciso y directo (en la legislación salvadoreña se establece que este enlace debe ser grave, preciso y concordante), según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción, el litigante perjudicado por la presunción siempre podrá practicar la prueba en contrario.

5.6.7 Prueba del pago de las Transferencias Electrónicas de Fondos (EFT)

El cumplimiento de la obligación, mediante dinero electrónico, aceptado por las partes contractualmente dota al acto de carácter y naturaleza jurídica liberatoria. El silencio del vendedor implicará la aceptación tácita del pago.

La prueba del pago se hace por medio del justificante en soporte papel que firma el titular del medio de pago utilizado, mediante la certificación del asiento en la cuenta corriente bancaria por la entidad pagadora o, por testimonio de un tercero mediador en la operación como centro de compensación, autoridad certificadora o tercera parte confiable.

Si existe desacuerdo en los cargos efectuados en la cuenta del titular, la carga de la prueba corresponderá a la entidad pagadora. Por lo que en caso de duda, de haberse efectuado EFT no autorizadas por el titular, corresponderá al emisor probar que la operación fue correctamente contabilizada, entendiendo que la entidad debería probar su

diligencia en la transacción, la ausencia de fallos técnicos y contables, y sobretodo deberá exhibir la orden del titular de generar el pago a través del medio informático.

5.7 La prueba electrónica en el derecho comparado

5.7.1 LEY MODELO DE LA CNUDMI

La ley modelo dedica su Art. 9 a establecer la admisibilidad y fuerza probatoria del mensaje de datos partiendo por reconocer en su favor el principio de la no discriminación respecto a otras pruebas documentales. Luego se refiere a los criterios de valoración judicial de la prueba electrónica, sobre la base de la fiabilidad de los sistemas de generación de los mensajes, la comunicación, archivo, conservación e integridad de los mensajes de datos. Su texto es el siguiente:

“9. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.

- 1. En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos:
 - a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o*
 - b) Por razón de o haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta.**
- 2. Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.*

En cuanto a las legislaciones extranjeras cabe distinguir entre aquellas que en sus

aspectos probatorios siguen a la Ley Modelo de la CNUDMI y aquellas que se limitan a reglamentar la fuerza probatoria de los mensajes de datos que cuenten con firma electrónica.

5.7.2 ITALIA

Italia ha sido el primer país europeo en regular la firma digital, tan ligada al desarrollo del documento electrónico. La regulación italiana tiene su origen en el artículo 15 de la Ley 59 de 15 de marzo de 1997, que declara la validez de los actos, documentos y contratos administrativos y delega a una normativa posterior los aspectos técnicos y legales concretos, lo que ha venido a lograrse con el reglamento de dicha Ley.

El artículo 1º de este Reglamento establece, entre otros, los conceptos de firma digital, par de claves asimétricas, clave privada y certificado, en tanto que el artículo 2º establece derechamente la validez y eficacia del documento electrónico, no obstante que se remite para reglamentación posterior, vía decreto, la disposición sobre las reglas de orden técnico que deben aprobarse para la validez de la formación y transmisión de los documentos electrónicos, las que deberán ajustarse conforme al avance de la tecnología, cada dos años.

Más adelante el reglamento italiano se encarga de normar la responsabilidad por el mal uso de la clave de firma, el uso de certificados expirados, revocados o suspendidos y establece un sistema de firma digital autenticada. Es muy importante el Art. 11 del citado reglamento porque en él se establece que los contratos concluidos con medios informáticos y transmitidos por medios telemáticos son válidos y efectivos si están firmados con firma digital.

5.7.3 FRANCIA

En este país se produjo una reforma legislativa referida a la admisibilidad y valoración de nuevos medios de prueba. Ahora se permite a las compañías de seguros, bancos y todas aquellas instituciones que requieren archivar numerosos documentos contractuales, poderlos reemplazar por copias durables y fieles al original, como es el caso de microfichas, siempre que no sean susceptibles de alteraciones y modificaciones como borraduras o enmendaduras. También se menciona la aceptación de nuevos modos de firma, así como la teletransmisión de documentos digitalizados, con o sin el uso de la criptografía. Sin embargo, en Francia no está reglamentada aún la firma digital, pero se encuentra en estudio un proyecto de ley al respecto.

Frente al uso generalizado del fax y los problemas que ello genera al quedar los originales en poder de sus titulares mientras que las copias, susceptibles de alteración, son las que se aportan en juicio, los tribunales franceses han resuelto que quien produce una copia debe satisfacer las exigencias legales concernientes a acreditar su autenticidad e integridad.

En cuanto a la valoración probatoria del documento electrónico hay una reforma importante referida a la no convalidación de soportes magnéticos como prueba, esto es, al igual que las copias de calidad insuficiente, no se reconoce valor probatorio a los soportes magnéticos; sin embargo, estos pueden valer hasta ahora, como si se tratara de elementos de una prueba escrita, atribuyéndoles un carácter complementario, aunque ello esté sujeto a las apreciaciones realizadas por el juez, quien, sin un apoyo técnico no puede estar en condiciones de efectuar una ponderación pertinente.

Hay que tener presente que para la legislación francesa es distinto probar hechos, tales como el envío de mensajes, que acreditar actos jurídicos, como los pagos hechos en Internet. En el caso de los hechos, no se restringe la prueba ya que se permite cualquier medio legal. Así, un archivo o la impresión de un documento de Internet puede presentarse válidamente ante el juez, quien decidirá si los documentos electrónicos logran demostrar el hecho dependiendo de su exactitud, confiabilidad, durabilidad e inalterabilidad. Por ello se recomienda al usuario de Internet emplear frecuente y sistemáticamente una firma electrónica y un sistema confiable de almacenamiento en un medio inalterable.

Por su parte, la prueba de los contratos celebrados por Internet es más difícil, ya que la ley francesa prefiere las pruebas escritas sobre cualquier otro medio, exigiendo, además, que los contratos por un valor superior a cinco mil francos consten en un documento en papel original firmado. De esta forma, son evidentes las dificultades que causa esta regla para quienes contraten en Internet. Sin embargo, esta regla general cuenta con excepciones de tal amplitud, que los usuarios de Internet solo en contadas ocasiones tendrán algún problema real en probar un contrato celebrado a través de la red.

En primer lugar están, obviamente, los contratos por un valor menor que 5.000 francos, que pueden probarse por cualquier medio legal, incluyendo, con las limitaciones anotadas, el documento electrónico. Pero también puede el juez francés admitir un documento en papel, no firmado y no original, como por ejemplo la impresión de un mensaje de correo electrónico o de una página web, como principio de prueba por escrito, si emana de la parte contraria e indica la probable existencia del hecho controvertido.

Por último, se puede admitir un documento electrónico como prueba de un contrato si existiendo una práctica común, una parte ha sido impedida, de alguna manera, de producir un documento en papel como resultado de esa práctica. No obstante, aún no están las prácticas actuales de Internet suficientemente difundidas y bien establecidas como para evitar que una parte solicite un documento escrito a la otra, incluso respecto de un contrato de gran valor, aunque por razones de costo, velocidad y eficiencia, las prácticas de la red tenderán a evitar cada vez más los documentos de papel.

5.7.4 INGLATERRA

En Inglaterra, las transacciones realizadas por Internet se rigen por la *Civil Evidence Act* de 1995. Según ella, ningún documento electrónico es inadmisibile como tal, sea correo electrónico, mensajes de grupos de interés o páginas web guardados en discos flexibles o en el disco duro del computador, incluso copias computarizadas o documentos digitales impresos que circulan por la red.

Sin embargo, estos documentos deben ser autenticados mediante diversos procedimientos. En primer lugar, si el documento emana de comerciantes o autoridades públicas sus registros sirven como evidencia, por lo que si estos desean utilizar un documento electrónico como prueba, en la práctica se les otorga un certificado expedido por el encargado responsable de los hechos que se deseen probar (por ejemplo, un ejecutivo de cuenta en relación con una operación bancaria o ejecutada a través de un banco) o por declaración del responsable de los registros de donde proviene el documento (por ejemplo, un administrador de servicios computacionales). También puede probarse por este medio la ausencia de entradas de información en un registro

computacional. Así, si un consumidor declara que pagó por un servicio mediante una tarjeta de crédito, la persona responsable de los pagos al vendedor que contradiga este pago podrá certificar, mediante una declaración jurada, que los registros se actualizan regularmente y puede utilizar esto como prueba que el pago no se ha hecho. No obstante, si el cliente administra un negocio podrá producir sus propios registros.

En segundo lugar, si el documento electrónico lo presenta otro usuario de Internet que no sea un comerciante o una autoridad pública, debe autenticarlo según las normas que determinen los tribunales, las que perseguirán la demostración del origen del documento, la naturaleza de su obra, la identidad de su autor o emisor y además, si el sistema computacional operaba correctamente.

En cuanto al valor probatorio del documento electrónico en Inglaterra, el juez tomará en cuenta la razón y sentido práctico de llamar a declarar al autor del enunciado contenido en el documento (muchas veces será el autor del mensaje). Si el documento se produjo en una fecha cercana al acto que desea probar; si el documento se ha reproducido varias veces dentro de la red o se guardó inmediatamente después de recibido; o si las personas implicadas en la producción o almacenamiento del documento electrónico tuvieron motivos para ocultar o distorsionar los hechos, serán elementos que el juez apreciará para otorgar mayor o menor confiabilidad a la prueba rendida.

Cabe señalar, finalmente, que en Inglaterra no está reglamentada aún la firma digital, pero se encuentra en estudio un proyecto de normativa que la regula.

5.7.5 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En Estados Unidos debe establecerse la autenticidad de los documentos Electrónicos, lo cual implica probar su origen e integridad, y para ello se puede emplear cualquier medio legal: testimonios referentes a las circunstancias que rodean el mensaje, las funciones internas del mensaje o bien una demostración del procedimiento utilizado para generarlo.

El juez determina sobre la autenticación del documento electrónico y valora la prueba rendida con libertad. En los Estados Unidos de Norteamérica, atendido su carácter de país federal, la legislación al respecto es diferente en cada uno de los estados que componen la Unión. El que primero reglamentó el contrato electrónico y la firma digital fue Utah.

5.7.6 ESPAÑA

Los primeros avances en materia jurisprudencial se registran a partir de una sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 1997, que por primera vez da validez probatoria al documento electrónico⁸⁵. En síntesis, esa sentencia parte por señalar que el documento debe reunir los elementos determinantes de su autenticidad y de su autoría, y, en especial, la firma de quien asume su contenido y la efectividad de su clausulado.

Pero, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituido, por el lado de la

⁸⁵ **HERRERA** Bravo, Rodolfo *Et. Al. Derecho Informático*. 1ª Edición. Editorial La Ley. Chile.1999. pág. 122

criptografía, por medio de cifras, signos, códigos, barras, claves u otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido.

Desde mucho antes, la jurisprudencia española venía admitiendo pruebas electrónicas “de tecnología primaria” o “no computacional”, como cintas magnetofónicas, casetes de audio y video casetes, fotocopias, télex y faxes. Con posterioridad a esta sentencia cabe anotar los siguientes avances registrados en España en materia de prueba de los mensajes de datos o documentos electrónicos.

En primer lugar, se tiene al Real Decreto Ley (RDL) 14/1999, que en materia probatoria se ocupa fundamentalmente de la firma electrónica, distinguiendo entre firma electrónica común y firma electrónica avanzada, adjudicándole a los mensajes de datos que lleven esta última el mismo valor jurídico que aquellos que lleven la firma manuscrita y consignados en un papel, siempre que esta se apoye en un certificado reconocido.

La firma electrónica avanzada que conlleva la equivalencia funcional respecto de la manuscrita requiere en España de un certificado reconocido legalmente, emitido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, y creación de la firma electrónica avanzada mediante un dispositivo seguro de creación de firma certificado.

En cuanto al soporte en que el mensaje de datos, la firma y el certificado deben ser aportados a la causa en que pretendan ser usados como prueba, será útil hacerlo en el soporte electrónico para que no pueda ser puesto en duda, sin perjuicio de que para su

más rápida inteligencia y valoración es aconsejable presentarlos acompañados de una copia o versión en soporte papel, incluida, cuando la haya, la copia del “acuse de recibo” del destinatario.

En cuanto al mensaje de datos con firma electrónica simple o sencilla, es aquel que se emite con una firma que no reúna todos los requisitos que establece la ley española para la firma electrónica avanzada, siendo típica la falta de certificado. No podría afirmarse, en ningún caso, que la firma electrónica sencilla carezca de utilidad, puesto que la ley le reconoce valor como prueba en juicio, al punto que podríamos decir que produce los mismos efectos que la firma manual estampada en un documento otorgado en soporte papel, de lo que se infiere que la única diferencia con la firma avanzada es que en esta última está legalmente garantizada la identidad del suscriptor y la inalterabilidad del documento, en tanto que en la sencilla, solamente lo primero⁸⁶.

5.8 La prueba electrónica en El Salvador

En lo concerniente a la prueba de las obligaciones en El Salvador, el Código Civil adopta el sistema de la prueba tasada o legal, es decir, que es la ley la que establece los medios de prueba, la forma de rendirla en juicio y la valoración que debe darle el juez.

Es por lo anterior, que las pruebas tienen en El Salvador un valor inalterable y constante, señalado en la ley, que fija condiciones generales de hecho abstractamente preestablecidas y en principio se prescinde del criterio o apreciación libre del juez respecto de los mismos hechos. En el Código Civil, éste sistema está tratado en el Título

⁸⁶ **DUCCI** Claro, Carlos. “*Interpretación Jurídica*”. 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1997. pág 91.

XXI del Libro IV, en cuanto a reglamentar la admisibilidad de los medios de prueba y su valor probatorio, además en el Título IV del Libro I del Código de Procedimientos Civiles se enumeran los medios de prueba, se reglamenta la manera como ésta se produce ante los tribunales y su valor.

De acuerdo con el Art. 1569 C. “*a quien le incumbe probar las obligaciones o su extinción es al que alega aquéllas o ésta*”, es decir, que quien reclama la ejecución de una obligación debe probarla. Recíprocamente el que se pretende liberado, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación, por lo cual, se puede afirmar que en la contratación electrónica siguiendo con esta regla general, será el demandante el obligado a probar los hechos, a través de los medios autorizados por la ley y que tales hechos que se quieren probar sirvan de fundamento al derecho pretendido, pudiendo también el demandado presentar o no prueba, pero estará obligado únicamente cuando ha reconocido la obligación, debiendo probar la extinción de la misma, y ni cuando simplemente la ha negado (Art. 238 Pr.).

Con respecto a los medios de prueba en la contratación electrónica, surge el problema de la difícil aplicabilidad de las disposiciones referentes a los medios de prueba establecidos en el Derecho Civil y Mercantil, por la razón que la determinación de los medios idóneos para acreditar un hecho en juicio y la forma en que esta prueba debe ser rendida, le corresponde exclusivamente a la ley, limitándose a aquellos medios de prueba que la ley admite expresamente.

En materia mercantil de acuerdo con el Art. 999 Com. las obligaciones mercantiles se prueban por los medios siguientes: instrumentos público, auténticos y

privados, facturas, correspondencia postal y telegráfica reconocida, registros contables, testigos y demás admitidos por la ley, y por consiguiente, de acuerdo con el Art. 945 Com., en caso de contratos se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Civil, por lo cual se analizará en primer momento los medios probatorios en materia civil, y por último los medios probatorios reconocidos en el Código de Comercio con especial referencia a la factura comercial.

El Código Civil en su Art. 1569, señala que *“las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez y peritos”*. Es necesario entonces, determinar que por la vía interpretativa es posible admitir el valor probatorio del documento electrónico que avala una relación contractual de tal carácter, y establecer cuales otros medios de los reconocidos por la legislación podrían aplicarse en la contratación electrónica para comprobar el cumplimiento o no de las obligaciones generadas dentro de la misma. A tal efecto se señala lo siguiente:

- A. Partiendo por el instrumento público, considerado como aquel autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, no puede ser el medio para dejar constancia de las obligaciones y derechos que emanan de un contrato celebrado por algún medio electrónico en El Salvador, puesto que deben reunir una serie de requisitos especiales para su otorgamiento, a ejemplo el funcionario autorizante de los mismos, y es destacable el hecho de que en nuestro país no existen las notarías electrónicas.
- B. Con respecto al instrumento privado, según el Art. 262 Pr., para que éstos tengan valor probatorio y hagan plena fe del contenido del mismo,

es necesario que sea reconocido legalmente por quien lo ha suscrito o que se de por reconocido en los casos establecidos por la ley (Art. 1573 C.)

La ley no expresa la forma a que debe sujetarse el instrumento privado, pero se desprende de diversas disposiciones que éste debe estar firmado por las partes contratantes, debe constar por escrito en soporte papel y constar fecha y lugar de celebración. Por lo cual, quien reconoce como suya la firma que se encuentra en el documento afirma que ha adquirido las respectivas obligaciones que de él se derivan.

A pesar que por vía interpretativa podría asimilarse el DE firmado digitalmente al instrumento privado, su reconocimiento en juicio sería una tarea difícil, por la razón que es realizado por medios electrónicos a través de mensajes de datos, donde no existe firma manuscrita ni tampoco soporte en papel, impidiéndole en todo caso al juez valorarla para determinar la obligación y la responsabilidad que de él se derivan, en cuanto que, la ley no le da la posibilidad de examinarla por carecer de tales requisitos, en virtud del sistema de valoración de la prueba que el Código reconoce.

Como ya se ha dicho Internet produjo una importante revolución en el ámbito de las comunicaciones, no sería extraño observar el empleo cada vez más común del servicio de correo electrónico o e-mail, mucho más rápido e interactivo que una carta tradicional, aunque opera de una manera similar, sin embargo, el Código Civil salvadoreño no señala expresamente el valor probatorio de las cartas y telegramas.

En principio, el destinatario de una carta puede invocarla como prueba contra el que la ha escrito, puede utilizarla para establecer una obligación contraída a su favor por

el remitente, para probar un perjuicio que éste le ha causado, aplicándose el Art. 156 Pr., en caso que tales documentos existan en poder de la otra parte o de un tercero y tengan relación directa con la cuestión debatida, pudiendo decretarse su exhibición a petición de parte.

Si estas cartas están firmadas pueden constituir verdaderos instrumentos privados (siempre y cuando el ordenamiento jurídico nacional reconozca expresamente la equivalencia de la firma digital con la firma ológrafa), pero al contrario, si no lo estuvieran o si en ellas no hay explícitamente una declaración de voluntad, pueden tener el mérito de una confesión extrajudicial escrita (Art. 374 Pr.) o de un principio de prueba por escrito, conforme al Art. 1582 C., si están reconocidas puesto que se requiere que se reconozcan como propias en su totalidad, hasta en lo que le fuere desfavorable (Art. 1575 C.).

No puede sostenerse que las comunicaciones privadas carezcan de todo valor probatorio, toda vez que, a lo menos, servirán para formar la convicción del juez por la vía de las presunciones en caso de su reconocimiento.

Si el documento es objetado, los interesados pedirán que se forme incidente para ofrecer la prueba necesaria para establecer su procedencia. Acreditado o conocido el hecho de que emana realmente de la persona que lo ha firmado, el juez puede valorarlo como principio de prueba por escrito, como confesión extrajudicial escrita, o valorarlo por la vía de las presunciones.

De lo anteriormente señalado, puede aplicarse por analogía al correo electrónico,

con una salvedad importante: la firma, y mientras ésta no sea reconocida como medio idóneo para cumplir con las finalidades perseguidas por la rúbrica tradicional, el documento electrónico encontrará serios problemas en el país, para ser reconocido como instrumento privado en juicio civil.

El problema de la firma subsiste entonces en el derecho procesal, ya que sólo se admite la natural por suscripción y la impresión dactilar, cuando lo señala la ley, ello porque la firma no sólo indica al autor del documento, sino que lo hace responsable de su contenido.

En el Art. 60 de la Ley de Bancos salvadoreña, se reconoce que “*Las operaciones de crédito que efectúan entre sí los bancos, podrán realizarse mediante intercambio electrónico de datos, y se reconoce la utilización de la firma electrónica*”, pero aún es muy prematuro afirmar su incorporación en la legislación nacional, pues únicamente lo circunscribe a esta materia, donde no se regula la forma y requisitos que este implica.

Existen otras normativas, principalmente en materia financiera que tímidamente hacen referencia a esta forma de contratación y a la prueba que puede presentarse en juicio. La Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores hace referencia a la necesidad de fiscalizar las contrataciones bursátiles realizadas por medios electrónicos y telemáticos.

El Art. 38 de la Ley de Mercado de Valores le da plena validez a dichas transacciones, y en su Art. 27 lit. “b” expresa que para tal efecto los medios y

procedimientos podrán ser electrónicos. En el Art. 45 del mismo cuerpo normativo se establece que las operaciones en una bolsa podrán realizarse de viva voz o por medio de negociación electrónica. Además en su Art. 69 refleja la desmaterialización de los títulosvalores negociados al señalar *“los valores que se negocien en bolsa podrán ser títulosvalores o valores desmaterializados, la existencia de los últimos se comprobará mediante anotaciones electrónicas de las cuales podrá extenderse certificación por el encargado del registro electrónico”*.

El uso de registros electrónicos, su procedimiento de operación e inscripción y las formalidades de sus certificaciones, deberán ser previamente aprobados por la Superintendencia, la que concederá la autorización para que operen. Es por ello que la certificación emitida por el encargado del registro electrónico será el documento probatorio de la existencia de los valores desmaterializados, así como los derechos inherentes a los mismos.

Para ejercer los derechos inherentes a los valores desmaterializados se deberá exhibir, por el tenedor legítimo, la certificación emitida por el encargado del registro electrónico; el Art. 70 de tal cuerpo de normas también amplía el alcance probatorio y de validez de dicha certificación proveniente de un contrato realizado por medios electrónicos, cuya modalidad más idónea es Internet.

La Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, dota de validez al documento electrónico en su Art. 9 al expresar: *“Las instituciones están obligadas a informar por escrito o por cualquier otro medio electrónico en el plazo de tres días hábiles a la UIF, de cualquier operación o transacción múltiple realizada por cada usuario....”*, y más

específicamente en su Art. 14 que dice: *“Las Instituciones designarán funcionarios encargados de velar por el mantenimiento y actualización de registros y formularios indicados en esta ley. Todos los registros e informes requeridos por esta Ley pueden ser guardados y transmitidos en papel o en forma electrónica”*.

En materia penal, con las reformas de 1998, se incorporan nuevos elementos de prueba, admitiéndose en el proceso las siguientes: las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales, de acuerdo con el Art. 351 del Código Procesal Penal⁸⁷, además de la incorporación de modernas disposiciones sobre la prueba: la libertad de prueba y valoración de la misma (Art. 162 Pr.Pn.), donde todos los hechos y circunstancias pertinentes relacionadas con el delito, podrán ser probadas por cualquier medio legal de prueba, y los jueces deberán valorarlas de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En materia procesal civil, no existe en El Salvador, ninguna norma moderna que incorpore estas nuevas modalidades de prueba, pero es necesario admitir el valor probatorio del DE por interpretación analógica, aunque con las salvedades ya apuntadas.

Cabe destacar que algunos países cuentan con una regulación probatoria propia de la factura electrónica. En El Salvador no existe la factura electrónica, no obstante ello, el Código de Comercio reconoce el mérito probatorio de las obligaciones mercantiles de la factura en su Art. 999 romano II.

La factura comercial es un documento mercantil que comprueba la compraventa

⁸⁷ *Recopilación de Leyes en Materia Penal*. 4ª Edición. Editorial Jurídicas LIS. El Salvador. 2001 (De aquí en adelante al hacer referencia a la legislación penal, deberá tomarse como base la edición aquí señalada)

de mercaderías, debidamente aceptadas por el comprador, constituyen una prueba escrita de la obligación que tienen que pagar el precio de las mismas, si están canceladas constituyen pruebas del pago del precio y de la adquisición de los bienes.

De esta forma, se constituye la factura en un documento privado que obliga a las partes que lo suscriben en los mismos términos que los demás documentos de su clase, reconocidas las firmas que la cubren adquieren fuerza probatoria de documento público, de acuerdo con las reglas generales, es decir, que una vez reconocida por quien la suscribe o tenerse por reconocida en los casos que la ley señala expresamente, harán plenamente fe de los que ella contiene en relación a las partes que la suscribieron.

A pesar de lo anterior, por la poca regulación de los medios probatorios electrónicos, y por la rigidez del sistema legal de prueba salvadoreño, es muy difícil en la práctica incorporarlos por asimilación al término “documento” para probar las obligaciones. Sin embargo, esto no justifica una actividad de no aceptación por el tribunal de la existencia, desarrollo y aplicación de nuevas ciencias y tecnologías, ya que los que no dispongan de otro medio de prueba y que de buena fe han participado de estas nuevas formas de contratación, quedarán en la indefensión o la impunidad.

El problema se centra principalmente en el sistema de valoración de la prueba en El Salvador, ya que no puede el juez valorar la prueba con toda libertad, analizando caso por caso, la validez y fuerza obligatoria de la información del documento electrónico. Aunque se quiera asimilarlo al documento privado se tendría que resolver el problema de la firma electrónica con respecto a la firma manuscrita, como también darle el valor probatorio necesario al documento electrónico, puesto que esto produce dificultades en

la actualidad, especialmente en la objeción de los documentos, lo que da lugar a incidentes, requiriéndose otros medios de prueba periciales y la prueba de presunciones como medio para poderlos utilizar, en tal sentido el DE carecería de todo valor probatorio por sí mismo.

Ello justifica la necesidad de regulación del Comercio Electrónico en el país, para establecer los requisitos y la forma de actuación de entidades certificadoras de la firma electrónica, para que el documento realizado por medios telemáticos o electrónicos goce de mayor credibilidad al ser presentado como medio de prueba en juicio. Inclusive, es necesario regular la forma, requisitos y validez del documento propiamente dicho y la firma electrónica para que cumpla con las condiciones necesarias que permitan atribuirle pleno valor probatorio.

Este nuevo tipo de documento, requiere su admisibilidad como medio de prueba documental, y que el sistema de valoración de su fuerza probatoria que utilicen los jueces, sean conforme con las reglas de la sana crítica, verificando en todo caso los requisitos de autenticidad, fiabilidad, inalterabilidad y accesibilidad de los mismos.

CAPÍTULO SEIS

“Marco Teórico para una Legislación de Comercio Electrónico”

6. MARCO TEÓRICO PARA UNA LEGISLACIÓN DE COMERCIO ELECTRÓNICO

El mundo digital se desarrolla a través de la red. Inicialmente, eso hace necesario un pronunciamiento sobre la importancia de la necesidad de legislar Internet, y en consecuencia el comercio electrónico, para lo cual se hace indispensable establecer mecanismos que permitan elaborar una regulación, asimismo que permitan determinar la suficiencia del derecho tradicional para adaptarlo a este nuevo contexto o, de ser necesario pensar en un nuevo desarrollo.

Si bien en principio responder a la interrogante relativa a la necesidad de legislar la actividad comercial de la red, pueda parecer una cuestión netamente teórica, es esta base la que permitirá el surgimiento de un “*modelo real*” de regulación, no sólo del comercio electrónico, sino también de la aplicación de ésta a las relaciones en la red y de la participación de la mayoría de jueces y magistrados sobre un mundo en el que deberá conjugarse la aplicación de un derecho para un mundo físico – real, en contraposición a un derecho para un mundo electrónico – virtual.

6.1 *La regulación en un primer momento de Internet*

Para dar respuesta a la interrogante planteada, sobre la necesidad de regular Internet y por ende el comercio electrónico, es básico traer a cuenta dos cuestiones fundamentales:

- a. Que las fronteras político legales se están esfumando por una serie de fenómenos.
- b. Que el Internet es un espacio social relevante, pero no supone un

espacio de libertad absoluta, sino que es un verdadero fenómeno social y como tal debe ser regulado jurídicamente.

Uno de los argumentos de peso que permite afirmar la necesidad de regular el comercio electrónico, es el hecho que en esta relación comercial no existe una ubicación física dentro de la red, por la no exigencia de registrarse en Internet para la venta de bienes, prestación de servicios o para su adquisición, sin embargo, a pesar de las dificultades, como espacio social por su gran crecimiento debe de tener necesariamente su regulación.

Es así, que para legislar Internet y consecuentemente el comercio electrónico, obviamente se hace indispensable establecer mecanismos para la elaboración de una regulación, como se explicaba con anterioridad, siendo estos mecanismos:

1. Como primer mecanismo, aparece la posición **AUTORREGULADORA**, que sostiene que el derecho sobre Internet, para no caer en un no derecho, debe de ser un derecho nacido espontáneamente por estándares de conducta de los propios usuarios y de su conducta en la propia red. La contractualización y el fomento del surgimiento de los estándares contractuales pueden considerarse como una solución aceptable en todos los niveles, el internacional, el nacional e incluso el de los propios usuarios. En este sentido, el autocontrol o la apelación a los estándares de conducta razonable no supone una renuncia de los Estados a su soberanía nacional o a la posibilidad de una suerte de soberanía supranacional.
2. La segunda posición es la **PARCIALMENTE REGULADORA**, que

sostiene, desde la base, que el paso por Internet no bautiza ni otorga absolución a ninguna conducta. Así, toda conducta deberá ser enjuiciada tal y como sería si no se hubiera producido por Internet. Esta posición es una regulación y coordinación internacional contra las malas practicas a modo de ejemplo se citan, la corrupción de menores, incitación al consumo de drogas, pedofilia, estafa, entre otros.

3. Una tercera posición en la **REGULATORIA** propiamente dicha, para esta es necesario elaborar una regulación lo más completa posible de los aspecto relacionados con Internet y eso incluye, además, el comercio electrónico, pero adolece del problema esencial de que Internet carece de un núcleo central, y de ahí la dificultad de exigir responsabilidades a los autores de cualquier infracción civil, administrativa o penal. Dado el carácter descentralizado y universal de la red, parece bastante difícil determinar las leyes territoriales aplicables.

6.1.1 Niveles de regulación de Internet

Teniendo en cuenta que Internet es una red global donde todos sus miembros están conectados y que sus problemas y ventajas son también globales, se puede decir que problemas tales como la jurisdicción aplicable, la seguridad y confianza que ofrece la red, los estándares técnicos y una gran variedad de aspectos importantes para el funcionamiento de la red, no pueden ser regulados de forma unilateral, razón que ha permitido el surgimiento de tres niveles posibles de regulación, a saber:

1. El *GLOBAL* en particular en el seno de las organizaciones internacionales especializadas.

2. El *REGIONAL*, como por ejemplo el caso de las Directivas de la Unión Europea.
3. El *NACIONAL*, que es justamente el que se está proliferando en la región, aun cuando la mayoría de las legislaciones americanas sean producto de adaptaciones parcialmente autóctonas de un modelo general.
4. Se puede hablar incluso de una cuarta posibilidad, resultante de acuerdos bilaterales, como algunos ya firmados entre países.

6.2 Teorías vinculadas a la regulación del Comercio Electrónico en particular

Como fenómeno social el Comercio Electrónico, ha sido objeto de diversos estudios, que han producido doctrinas y teorías suficientes que han permitido su evolución y consecuente perfeccionamiento, y es a esas doctrinas y teorías que va dirigido el presente apartado.

El objetivo fundamental de este apartado es determinar la necesidad de legislar la actividad comercial de carácter electrónico en El Salvador, razón por la cual se vuelve importante conocer las teorías que amparan la introducción del comercio electrónico a la legislación interna de un país o bien aquellas que determinan la necesidad o no de crear una legislación especial al efecto, es asimismo importante señalar el papel que dentro de estas teorías se le atribuye al Estado como ente regulador de la actividad humana, y en este caso la actividad dirigida a celebrar relaciones comerciales en la red.

Las teorías que al respecto han surgido son las siguientes⁸⁸:

- a. Tesis de la No Intromisión.
- b. Tesis de la Intervención Estatal

⁹ **ALTMARK**, Daniel Ricardo, “Informática y Derecho: Aportes de la Doctrina Internacional”. 3ª Edición. Editorial Depalma. Argentina. 1987. páginas 29 – 57.

c. Tesis Intermedias

A. **TESIS DE LA NO INTROMISIÓN:**

La primera posición que debe analizarse, es la de quienes consideran al Comercio Electrónico como un actividad virtual, sin fronteras geográficas, que debe ser regulado por los distintos gobiernos de la menor forma posible, ya que por su naturaleza intrínseca no pertenece a nadie y por lo tanto ningún Estado tiene la potestad de arrogarse facultades de dominio ni control sobre los acontecimientos que se suscitan en un mundo de “bits”.

El tema de la jurisdicción y ley aplicable a la contratación “en línea” no debe complicarse asumiendo posiciones en las cuales los Estados deben regular y controlar este floreciente mundo virtual. Los límites físicos “no son simples creaciones arbitrarias”. Aunque estos límites pueden ser basados en espacios geográficos y otras consideraciones, debe también tomarse en cuenta aspectos lógicos para determinar las bases legales bajo las cuales se definen los diferentes ámbitos divisorios o espacios dentro de los cuales un Gobierno podrá emitir normas vinculantes para un conglomerado de ciudadanos que conviven en un espacio físico delimitado. Estas reglas son⁸⁹:

1. **Poder**: Este implica un control sobre el espacio físico, las personas y las cosas que se encuentran en ese espacio, lo cual es un atributo definitivo de soberanía y poder Estatal. La creación de leyes, requiere mecanismos para su aplicación, los cuales dependen de la habilidad de ejercer un control físico para imponer sanciones coercitivas a quienes violentan las leyes.

⁸⁹ **BARRIUSO** Ruiz, Carlos, “Interacción del Derecho y la Informática”. 2ª Edición. Editorial Dykinson. España. 2002. páginas 27 – 46.

2. **Manifestación de Efectos:** La interrelación entre los límites físicos y las fronteras del espacio legal, reflejan una relación entre proximidad física y los efectos de una actividad de los sujetos. Esto implica que la legislación de un país, solo manifiesta sus efectos en los sujetos que se encuentren bajo una proximidad física suficiente o bajo sus límites estatales, lo cual obliga a los sujetos a someterse a dicho sistema legal, ya que en nada afecta a un sujeto las determinaciones legales que se tomen en un alejado Continente.

3. **Legitimación:** Generalmente se aceptan las nociones de que las personas dentro de un ámbito territorial definido son sujetas a las imposiciones de las autoridades de su región basadas en la ley. “El consentimiento de los gobernados” implica que quienes están sujetos a un conjunto de normas jurídicas, deben tener un rol importante en la formulación de dichas normas. Para que esto suceda, quienes sean obligados a actuar bajo ciertos parámetros legales, deben encontrarse en un límite físico-geográfico delimitado.

4. **Posibilidad de Información:** Los límites físicos, son apropiados para delimitar el ámbito legal de la zona a que éste se aplique. Así, se puede efectivamente informar a quienes se encuentren en ese territorio, los cambios en la legislación que puedan llegar a ocurrir.

La opinión al respecto, es que el Comercio Electrónico que surge como producto de Internet y cualquier otro sistema de comunicación electrónica, ya sea pública o privada, presenta una ausencia de límites territoriales, lo cual define el

porque los Estados no pueden pretender un control sobre los actos que se realicen dentro de ese ámbito.

El surgimiento de una red global de enlace de la información destruye el vínculo entre la localización geográfica y:

- a. **EL PODER** de los gobiernos locales para ejercer un control sobre el comportamiento “en línea” de los sujetos;
- b. **LOS EFECTOS** de las leyes en los actos realizados para llevar a cabo relaciones contractuales de carácter electrónico;
- c. **LA LEGITIMACIÓN** de los esfuerzos de un Gobierno Local para aplicar normas jurídicas, en un complejo fenómeno global; y
- d. La habilidad para **INFORMAR** los cambios en la legislación aplicable.

El ciberespacio no posee límites geográficos ni territoriales, pues el costo y la velocidad de la transmisión de mensajes en la Red, es independiente de la localización física. Los mensajes pueden ser transmitidos de una localización a otra, sin retraso y ningún tipo de participación de límites o fronteras geográficas. La red, permite la existencia de transacciones entre sujetos que no se conocen, y en muchos casos, no pueden conocer la localización geográfica del otro individuo.

La localización, sigue siendo importante, pero desde un punto de vista virtual, considerando la “dirección” de las máquinas, entre las que se traspa la información. Este sistema no toma en cuenta la localización física de las computadoras, ya no existe conexión real entre la dirección en Internet y su localización geográfica en el mundo atómico.

El autor norteamericano, Dan Burk⁹⁰, reafirma esta posición, al expresar que las reglas para las transacciones en línea son diferentes a las hechas en el mundo real. Para el autor, los protocolos de Internet, no fueron diseñados para facilitar la dirección geográfica de los usuarios. En Internet, las máquinas sí poseen direcciones, pero estas localizan a la máquina en el ciberespacio, y no en el espacio real.

Para Post y Johnson⁹¹, los límites físicos no pueden funcionar como signos que informen a los individuos, de las obligaciones que adquieren al entrar en un nuevo ámbito legal, pues los sujetos desconocen la existencia de dichos límites cuando viajan por el espacio virtual. El crecimiento de un nuevo medio electrónico que desconsidera los límites geográficos, representa para ambos autores, el que el derecho se vea en un complejo panorama que crea un fenómeno que necesita ser objeto de regulación, pero que no puede ser gobernado satisfactoriamente, por ninguna autoridad basada en conceptos territoriales.

Sostienen que muchos de los problemas jurisdiccionales que surgen debido a las comunicaciones electrónicas transfronterizas, pueden ser resueltos con una simple premisa: *“Considerar al ciberespacio como un sitio distinto, realizando un análisis en el cual se reconoce legalmente la diferencia entre el ciberespacio y mundo real”*. Con ello la pregunta no será ¿A dónde se producen geográficamente las actividades del ciberespacio?, sino cuales reglas serán las más apropiadas en un nuevo mundo, y cuales mecanismos existentes o no, deban ser desarrollados para determinar el contenido de las reglas que deben ser adoptadas.

⁹⁰ **BURK**, Dan L, Jurisdiction in a world without borders, (En español Jurisdicción en un mundo sin fronteras) en Internet www.findlaw.com

⁹¹ **JOHNSON**, David R. *Et. Al.* And how should the Internet be governed? (En español ¿Y cómo debería ser gobernado Internet?) en <http://www.cli.org/emdraft.html>

Estos norteamericanos, en su artículo, denominado “And how should the Internet be governed”⁹², proponen que existen 4 modelos, que compiten para regular las actividades de la red:

1. Control por parte de los Tribunales judiciales ya existentes.
2. Un Tratado Internacional, que regule el ciberespacio.
3. La creación de una Organización Internacional, que específicamente lidie con los problemas surgidos como consecuencia del Comercio Electrónico, y
4. Un autogobierno de los mismos usuarios de Internet.

Para los autores, los tres primeros no pueden solucionar el problema, por la dificultad que representaría su implementación efectiva, por lo que la opción a seguir es el autogobierno de los usuarios de Internet, sea esto un gobierno descentralizado de Internet.

Johnson y Post, realizan una analogía, comparando el desarrollo de Internet al desarrollo de la “Lex Mercatoria” (reglas que se difundieron en la Edad Media, entre los comerciantes para resolver sus conflictos, a parte de la regulación de los gobiernos). Los comerciantes no podían resolver sus problemas mediante las decisiones de los nobles, pues la ley feudal solamente resolvía problemas con respecto a la tierra. Por ello los comerciantes crearon sus propias reglas, las cuales no violentaron ni afectaron las leyes existentes⁹³.

Esto mismo parece suceder con el Comercio Electrónico. La aplicación de nuevas reglas no tiene porqué afectar las leyes tradicionales. Consideran los autores, que

⁹² JOHNSON *Op. Cit.* pp. 250

⁹³ *Idem.*

nos encontramos ante un fenómeno similar a la Lex Mercatoria, los Gobiernos no pueden detener el libre flujo de las comunicaciones fuera de sus fronteras, por más que lo deseen, y es por ello que no hay otra alternativa que la autorregulación.

Puede observarse que la posición de los autores mencionados, a los que se unen muchos otros, va encaminada a la no-intromisión de los Estados en el ámbito del ciberespacio, para ellos, los Estados no pueden controlar actividades que se realizan fuera de un marco territorial. Es lógico que ésta posición ha sido muy atacada, y no podemos considerar que realmente sea válida en todos sus sentidos. Lo importante es determinar, que con esta posición liberal, se crea un nuevo paradigma, la visión del derecho como un mecanismo de aplicación por parte de los particulares y no de entidades centralizadas.

Esto crea un panorama diferente en cuanto a la perspectiva tradicional de la ley y jurisdicción aplicable a los actos de los sujetos. En nuestro caso, una compraventa vía Internet, desde ésta perspectiva, sería regulada por los mismos sujetos que la realizan. La utilización de mecanismos de seguridad, autenticación y certificación digital, definirían el método bajo el cual se presentaría la contratación, ya fuera nacional o internacional.

Al encontrarnos con una transacción realizada en un espacio distinto, entonces por más que los individuos estuvieran físicamente localizados en un mismo ámbito territorial, la operación es por sí sola extranacional, no puede ser regulada por las naciones, sino por los mismos usuarios.

B. TESIS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL⁹⁴:

En el otro extremo, se tiene la posición radical, de que el Comercio Electrónico no es más que un nuevo medio de comunicación, y al igual que los demás, debe y puede ser regulado por los Estados y las diferentes jurisdicciones mundiales.

En Estados Unidos, el fiscal de Minnesota, es quizás, la figura que mayor aplicación ha dado a esta teoría, llegando a tales extremos que las críticas a su actuación han sido constantes por parte de abogados, fiscales y jueces de todo el resto de ese país. Su posición, aunque sustentada en la ley estadounidense, es símbolo de preocupación a nivel mundial, pues el tomar como válidos los criterios del fiscal, llegaría a perjudicar en mucho, al comercio electrónico y las actividades realizadas en el ciberespacio.

El fiscal de dicho Estado, ha tomado una posición en la cual aquellos individuos que realizan operaciones comerciales a través de Internet, ya sea mediante correos electrónicos, o la WWW, están sujetos a la jurisdicción de Minnesota si esa información puede ser observada por los residentes de ese Estado. El fiscal ha establecido procesos legales, en contra de residentes de otros Estados, en relación con actividades “en línea” de éstos, que resultaban ser para el fiscal dañinas para los residentes de Minnesota.⁹⁵

Las supuestas conductas ilícitas por las cuales se levantó causa en contra de los sujetos son:

1. Supuestas manifestaciones falsas en Internet acerca de los beneficios del germanio.

⁹⁴ Ver en internet www.societaddigital.org *Ley Modelo del Consejo de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil, sobre Comercio Electrónico, con la guía para su incorporación al derecho interno.*

⁹⁵ Ver en Internet en <http://www.state.mn.us/ebranch/ag/>

2. La supuesta venta de información, en Internet acerca de cómo ahorrar dinero utilizando estampillas de dos centavos en vez de estampillas de treinta y dos centavos.
3. Un sitio de servicios de crédito que supuestamente recomienda el uso del número de identificación de patrono, en vez del número de carné del seguro social para solicitar créditos.
4. Un supuesto negocio de “pirámides” (son ilegales en Estados Unidos) para hacer dinero fácil.
5. Un anuncio en una página Web, de una compañía que planeaba realizar actividades de apuestas en línea. Además de estos casos, el fiscal llevó ante los tribunales varios otros supuestos delitos, lo cual evidencia la intención de adjudicarse la potestad de controlar todo el material que para él afecte los intereses de los residentes de Minnesota.

Debemos recordar que en Estados Unidos las jurisdicciones son diversas en cada Estado, aparte de la jurisdicción federal, por lo que el panorama en ese país es complejo a nivel interno y externo.

Se utilizan dos criterios para definir si la Corte de un Estado tiene jurisdicción para juzgar a un residente de otro Estado.⁹⁶:

1. El primer criterio indica que el individuo residente de otro Estado debe ser procesable bajo la jurisdicción del estatuto “long-arm”, o de largo alcance del Estado que lo persigue. Esto quiere decir que el Estado puede traer al ciudadano a su ámbito territorial y juzgarlo de acuerdo a sus leyes.⁹⁷

⁹⁶ Introduction to jurisdiction –fast facts- (En español introducción a jurisdicción hechos rápidos), en Internet www.findlaw.com

2. El otro criterio implica que la afirmación de competencia por parte del Estado para juzgar al sujeto, debe respetar los parámetros de la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que establece el derecho al debido proceso. El respeto al debido proceso es el punto más importante que deberán tener las cortes en cuenta a la hora de aplicar el estatuto “long-arm”. Para que la corte pueda establecer que el ejercicio de la actividad jurisdiccional es compatible con la Cuarta Enmienda, el individuo no residente debe haber establecido “contactos mínimos” con el foro del Estado que pretende juzgarlo de tal forma que no se transgredan las nociones de “juego limpio” y justicia substancial. Los contactos mínimos han sido definidos como existentes, cuando el demandado ha intencionadamente realizado conductas en el foro del otro Estado, pretendiendo obtener beneficios y protecciones de dicho Estado.

El fiscal de Minnesota, ha argumentado que las actividades comerciales realizadas en Internet, son objeto de ser controladas por cualquier Estado, pues los contactos con toda la Nación que se permiten en la red, son suficientes para poseer jurisdicción sobre dichos actos.

Esta posición de intervención ha sido seguida por otros Estados, y ha sido aplicada en varios casos, lo cual demuestra que existe una fuerte tendencia a considerar al ciberespacio como un medio más de comunicación, el cual puede ser regulado y controlado por los países, y a nivel interno, por las diversas jurisdicciones que en una nación se encuentren.

⁹⁷ VARTANIAN, Thomas, The confluence of international, federal and state jurisdiction over e-commerce (part II) (En español la influencia de la jurisdicción internacional, federal y estatal sobre el comercio electrónico II parte), en Internet www.findlaw.com

El panorama para el comercio electrónico y específicamente para las compraventas en Internet, es según los que defienden esta posición, muy similar a la contratación normal. Al no considerar al ciberespacio como un nuevo ámbito, sino como un medio, las compraventas se rigen con medios analógicamente comparables, como las compras telefónicas, por carta, y en sí las teorías básicas de la contratación entre ausentes que ya se conocen.

C. LAS TEORÍAS INTERMEDIAS⁹⁸:

Contrarias a las dos anteriores tesis extremistas, muchos otros autores han determinado sus propias consideraciones de lo que representa el tema de la jurisdicción de los actos comerciales realizados en Internet.

Puede decirse que ésta posición se compone de todas las manifestaciones de muchos autores que simplemente, no han ido a los extremos, y definen características importantes para la regulación de Internet, las cuales se muestran dependiendo de cada acto en específico. Por ello es necesario remitirse a distintas posiciones de varios autores, para comprender estas teorías intermedias.

Una de las posiciones más interesantes, es la que asumen dos autores estadounidenses Wilske y Schiller, en su obra “International Jurisdiction in Cyberspace, which states may regulate the Internet”⁹⁹ (*en castellano, la Jurisdicción Internacional en el Ciberespacio con la cual los Estados deben regular el Internet*), en la cual se refieren al problema de la jurisdicción en las operaciones realizadas vía Internet. Estos autores,

⁹⁸ *Op. Cit.* pp 250.

⁹⁹ **WILSKE**, Stephan, *Et. Al.*. International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet? (En español La Jurisdicción Internacional en el Ciberespacio. ¿Cuáles Estados deberían regular el Internet?), en Internet <http://www.jmls.edu/cyber/index/juris1.html>.

retoman el tema de los tipos de jurisdicción y lo aplican a las operaciones en el ciberespacio. Para ellos, esta potestad jurisdiccional se divide así:

1. JURISDICCIÓN LEGISLATIVA¹⁰⁰: *implica la posibilidad de los Estados de realizar leyes sustantivas y procesales aplicables a individuos, y circunstancias particulares. El Comercio Electrónico, resalta nuevas características de los principios que se derivan de este tipo de jurisdicción, los cuales son:*

1.a Principio de territorialidad: En el ámbito del ciberespacio, este principio permite a un Estado el poder ordenar a un proveedor de servicios de Internet que opera en su territorio, que obedezca las reglas establecidas por ese Estado. Puede incluso impedir el acceso desde su territorio a ciertos sitios Web determinados, que considere nocivos o ilegales. Los Estados tienen la potestad de controlar actividades que se realicen en su territorio, aunque estas actividades no se limiten al territorio nacional, y aunque el control sea poco efectivo.

Debe recordarse que en el Derecho Internacional los Estados podrían incurrir en responsabilidad internacional, si permiten la utilización de su territorio para actividades dirigidas en contra de otros Estados, por lo que se fundamenta el prohibir el acceso a sitios web basado en criterios de territorialidad. Para los autores citados, el principio de territorialidad, no permite la aplicación extraterritorial de las normas nacionales.

Bajo esta perspectiva, se facultaría a los Estados a limitar el acceso a toda información que resulte ilegal o nociva según consideraciones de cada país, lo cual es técnicamente muy complicado, es más casi imposible. Pero aunque no resulta

¹⁰⁰ WILSKE, *Op. Cit.* pp 256

práctico, es una potestad de los Estados, bajo el principio de territorialidad del derecho internacional, el realizar dichas actividades prohibitivas.

1.b Principio de nacionalidad: El derecho de los Estados de regular las conductas de sus ciudadanos o nacionales en el mundo, es poco controversial. El principio de nacionalidad es aplicable tanto a personas físicas como jurídicas, por lo que muchas veces los proveedores de servicios de Internet y los mismos usuarios, se verán obligados bajo las leyes de su Estado nacional, el cual posee jurisdicción para ciertos actos. Los Estados deben respetar el orden internacional a la hora de aplicar criterios jurisdiccionales, evitando violentar la soberanía jurídica y territorialidad de las otras naciones, pero como ya se ha explicado, si además de la nacionalidad, se presentan otros elementos que definan que un Estado es el foro apropiado para juzgar un caso y aplicar su normativa, no existiría una violación internacional si algún Estado se adjudicara jurisdicción sobre actividades realizadas por sus ciudadanos en el exterior.

1.c Principio de efectos del acto: Según Wilske y Schiller¹⁰¹, este principio demuestra que si un Estado limita los efectos de actividades de sujetos en otro país vía Internet, que puedan afectar a los ciudadanos nacionales y las leyes internas, entonces está respetando el derecho internacional, por lo que su decisión debe ser respetada. Es vital, tomar en cuenta la intención de un individuo en enviar información directamente a una jurisdicción, para que éste pueda ser llevado ante los tribunales del país en donde generó efectos esa actividad.

¹⁰¹ WILSKE, *Op. Cit.* pp 256

Bajo el principio de los efectos del acto, se posibilita a los Estados el llevar ante su jurisdicción a un sujeto que realice directamente actos ilícitos, desde cualquier parte del mundo, si conoce el destino de sus actos o a donde estos pueden tener efecto. Sin embargo, debido a que en Internet, muchas veces no existe la posibilidad de conocer hacia que jurisdicción se envía un mensaje, entonces se complica ésta posibilidad para los Estados.

1.d Principio de seguridad estatal: Bajo éste principio, se fundamenta la opción de los Estados de aplicar su legislación y juzgar a los sujetos (conocidos en el derecho informático como crackers) que se introduzcan desde otro país, en las bases de datos del gobierno y pongan en peligro la seguridad nacional con dichas actividades. Recordemos que crímenes como el espionaje, la falsificación de documentos oficiales y otros, son tales que permiten a los Estados ejercer potestades de jurisdicción ante los individuos que se encuentren en cualquier parte del mundo y que afecten a dicho Estado con estas actividades.

1.e Principio de universalidad: Definitivamente, crímenes como la incitación al genocidio, son considerados en todo el mundo, como delitos que atentan contra la naturaleza humana. Se permite entonces a los Estados aplicar su jurisdicción a los individuos que realicen manifestaciones incitando el genocidio y otro tipo de crímenes contra la humanidad en Internet.

2. JURISDICCIÓN JUDICIAL: *En los casos de actividades comerciales realizadas en Internet, el principio de universalidad es la excepción, pues aunque no existan elementos que relacionen al Estado con los hechos, cualquier país pueda aplicar su*

normativa y juzgar a quienes amenacen la dignidad humana con sus manifestaciones.

Se ha visto que el juez deberá tomar en cuenta, los contactos relevantes, en los contratos, siendo estos, el lugar de contratación, el lugar de la negociación o perfección del contrato, el lugar de la creación del punto central del contrato, el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de incorporación o trabajo de las partes. Todos estos criterios ayudarán a los jueces para considerar que se tiene jurisdicción para juzgar un caso específico que se presente respecto a contratación por Internet.

3. JURISDICCIÓN EJECUTORIA: *Los Estados requieren la autorización de otras naciones para poder realizar actividades de policía fuera de su territorio, por lo que además de tener jurisdicción para crear las leyes que aplicará, deberá contar con el permiso de otros Estados en donde pretenda efectuar operaciones para ejecutar su ley.*

En cuanto a las ejecuciones de sentencias, cada caso particular se resolverá de acuerdo a sus circunstancias. Si el sujeto cometiera un delito vinculado al Comercio Electrónico en Internet, y se encuentra en el mismo territorio del país que lo juzgó, no existirá ningún problema, y si el sujeto se encontrara afuera de éste se requeriría un acuerdo entre los Estados para la extradición del individuo. Por lo tanto los principios de territorialidad, nacionalidad, universalidad, efectos del acto y seguridad nacional, son importantes bajo el ámbito de la jurisdicción ejecutoria, en las actividades realizadas por los individuos en Internet.

Gran cantidad de casos en Estados Unidos, referentes al tema de la jurisdicción y ley aplicable a las actividades en Internet han sido resueltos utilizando estos criterios. Se ha determinado que lo importante en casos de ofensas, delitos y quebrantamientos de la ley vía Internet, es que el demandado tenga contactos directos con el Estados en donde se le pretende juzgar. No se llega al extremo del fiscal de Minnesota, quien considera que el sólo hecho de la existencia de la red de material que fuera ilícito en ese Estado, otorgaba jurisdicción a los juzgados de Minnesota. Para que una corte pueda tener jurisdicción, la actividad del sujeto que pretenderse juzgarse, debió dirigirse directamente al Estado en donde la ley ha sido violada.

Lo anterior, si bien no determina un criterio único y no es aplicable en materia internacional, demuestra, que también existen posiciones de muchos doctrinarios y estudiosos del objeto de la presente investigación, que consideran necesaria y posible la regulación de las relaciones contractuales de carácter electrónico realizadas en Internet.

El estudio de la jurisdicción a nivel internacional, nos muestra un camino a seguir al analizar como se resolverá un conflicto en un caso de Comercio Electrónico realizado en Internet. Será importante para cada caso específico que se presente, el análisis en primer lugar de si las partes han elegido un Tribunal para la aplicación de las leyes y resolución de posibles conflictos. Ante la ausencia de dicho acuerdo, las reglas que se han señalado crean una posibilidad para regular por lo menos las transacciones realizadas en la red.

Puede señalarse que un error de las posiciones liberales o de no intromisión, es que no toman en cuenta que muchas veces, no importa para el derecho en donde se

hayan ejecutado los actos, sino en donde surten estos efectos. Dependiendo de esto los Tribunales de un Estado u otro serán los competentes para aplicar su legislación y juzgar el caso. El hecho de que un acto se presente en el ciberespacio de Internet, no implica que nos encontremos ante hechos de otro mundo o algo similar.

Aunque pueda considerarse que las actuaciones de los individuos, respecto al Comercio Electrónico, no se presentan en una localización física, sino virtual, y por ello ningún Estado puede regularlo, esto es un grave error. Si bien, Internet no es un espacio territorial, en cuanto a los contratos realizados por esa vía si se posibilita la aplicación de normativa de derecho internacional e incluso si las partes se encuentran en un mismo territorio, por respeto a los principios de territorialidad o incluso de nacionalidad de las partes, la aplicación de la ley será por parte del foro nacional.

La creación de tribunales en el mismo ciberespacio es una alternativa factible, que podría ser utilizada para procurar resolver los conflictos que al respecto surjan lo más eficientemente posible, esto dependerá, eso sí, de que las partes elijan la utilización de las reglas de este tipo de tribunal virtual.

Asimismo, una alternativa para los Estados, es la creación de Convenciones Internacionales, que decidan la creación de tribunales en el ciberespacio, ya que con esto no pueden desacreditar la validez jurídica de éstos nuevos foros. Claro está que Internet es más que un simple medio de comunicación, y es por ello que no puede limitarse a aplicar leyes comunes en todos los casos.

La WWW crea un espacio en el cual casi todos los sentidos se estimulan. La

única diferencia con el “mundo real” es el tacto, por lo demás la realidad del ciberespacio es similar a la material. Por ello, no podemos compartir las posiciones de intervención del fiscal de Minnesota y otros individuos, que consideran que cualquier acto en Internet puede eventualmente ser sujeto de aplicación de su legislación interna¹⁰².

Las normas del derecho internacional privado, surgen como una alternativa momentánea para resolver conflictos, pero debido a la cantidad de transacciones internacionales, y el pequeño monto económico de algunas de ellas, se ve necesaria la creación de nuevos mecanismos que representen la realidad actual. Por ello organismos con función de tribunales, en Internet, no son una mala opción para resolver el problema.

Según lo dicho por los autores Post y Johnson, para que un ente esté facultado para regular las actividades de los humanos, éste debe observar las reglas poder, manifestación de efectos, legitimación y posibilidad de información. Aunque ellos no lo consideren así, un Tribunal en el ciberespacio, puede efectivamente, resolver el problema de jurisdicción y ley aplicable a los contratos e incluso a otros actos jurídicos.

Los Estados son, al fin y al cabo, los representantes de varias colectividades de individuos, que en conjunto representan la población mundial. Internet, es un mundo virtual en donde interactúan estos mismo individuos, es un espacio global, por lo que una Convención Internacional sí puede regular las actividades en Internet¹⁰³.

¹⁰² **CASTILLO** Freyre, Mario, “*Las Doctrinas Tradicionales frente a la Contratación Computarizada: Análisis del funcionamiento de las Doctrinas Tradicionales sobre Consentimiento, Nulidad, Anulabilidad y Disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos*”. 1ª Edición. Fondo Editorial, Perú. 1996. Capítulos I, III y IV.

¹⁰³ **WILSKE**, *Op. Cit.* pp 245

6.3 *La regulación del comercio electrónico en el derecho comparado y el derecho internacional privado. Aspectos básicos de regulación.*

El comercio electrónico es definitivamente un tema complicado, pero es un fenómeno social en El Salvador, el impacto es tal porque, se trata de un mecanismo que rompe con todos los esquemas y paradigmas de tradicionales de los mercados, creando unos nuevos, redefiniendo las expectativas de los clientes, las posibilidades de oferta se abren absolutamente y las restricciones geográficas y de tiempo se ven eliminadas.

La necesidad de regulación sobre el tema hace indispensable remitirnos a diversas soluciones de los problemas que surgen del mismo, soluciones que serán proporcionadas por el derecho comparado. Es así, que con estas legislaciones se pretenderá comprobar la importancia del comercio electrónico a nivel mundial y a su vez la necesidad que trae aparejada de ser regulado.

Las legislaciones que servirán de base al presente apartado son Colombia, Italia, Alemania, España, Chile, Estados Unidos de Norteamérica y Argentina, países que cuentan con legislaciones aprobadas y los últimos cuatro se encuentran en vanguardia en materia de regulación legal de ciertas figuras del comercio electrónico, habiendo logrado establecer un marco común, como prueba de la importancia de este nuevo modelo de negocios.

Para la creación de un marco legal capaz de regular el comercio electrónico, debe tomar en cuenta según la experiencia internacional aspectos como los siguientes:

1. Un sistema de firma digital o firma electrónica y prestación de servicios de certificación, que permitirán entre otras cosas: la integridad de la información

transmitida, asegurar la identidad de los contratantes, de manera que el sistema mejore la eficiencia dentro de las empresas, haciendo posible la implementación de trámites administrativos, control de mercancía, acceso a información confidencial o simplemente procesos de facturación, de modo más rápido, eficaz y menos costoso.

2. Otro mecanismo a legislar es el documento electrónico, el cual ha sido entendido en el derecho comparado como un medio de expresión de voluntad, con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, por medio de la electrónica, informática y telemática. De tal forma que la legislación de comercio electrónico debe dotar al documento electrónico de autenticidad, integridad y conservación, con el fin de que el mismo pueda cumplir las garantías y requisitos exigidos por otras leyes para el cumplimiento de la obligación en él consignada.
3. El tercer elemento a considerar en la legislación de comercio electrónico es el relativo a la información personal de los usuarios, ya que según el derecho comparado, el abuso cometido en el tratamiento de este ámbito es lo que motivó a proteger la privacidad en la esfera comercial en la red, protección que se realiza a través de dos mecanismos: la legislación y la autorregulación.

Es así, que debe contarse con leyes que reglamente la recolección, almacenamiento y comunicación de datos personales. En el mecanismo de la autorregulación se han desarrollado principios básicos a los cuales puede recurrirse, siendo éstos:

- i. Recolección de información personal: la cual debe proporcionarse solamente si es esencial para la transacción, de modo que al no serlo debe ser optativa en su contestación, y así informarlo al consumidor.
- ii. Uso y comunicación de la información: ésta sólo debe ser utilizada para el propósito por el que fue recolectada, salvo autorización previa otorgada por el consumidor.
- iii. Acceso: las entidades deben otorgar a los consumidores acceso completo y sin costo a la información que se encuentra almacenada respecto a ellos. Los consumidores también deberán ser informados de la existencia de sistemas que podrían afectar sus derechos a través del procesamiento automatizado de la información.
- iv. Seguridad: las entidades tienen la obligación de adoptar medidas administrativas y técnicas para asegurar que la recolección, almacenamiento y comunicación de la información, cuando corresponda, se haga de un modo seguro. Los niveles de seguridad deben estar acordes a la naturaleza de los datos que son objeto del almacenamiento.
- v. Cumplimiento: la entidad debe comunicar al consumidor sus políticas y prácticas relativas al tratamiento de información personal. Es así que la entidad es responsable de la información personal que se encuentra bajo su control, debiendo designar personal a cuyo cargo estará tal función. Los gobiernos deberán

establecer un órgano independiente para asegurar el cumplimiento de las normas sobre privacidad.

- vi. Indemnización: los consumidores deben de tener acceso a un mecanismo de indemnización en caso de daño, que sea económico, rápido y efectivo.
- vii. Políticas de privacidad: todos los sitios que recolecten información de los consumidores, deberán proveer una política de privacidad respecto al tratamiento de la información personal, estas deben ser exhibidas en forma clara y destacada en la página principal del sitio y en cada parte del mismo en que la información sea recolectada. La política de privacidad debe estar escrita en una forma clara y precisa, debiendo incluir:
 - 1. La individualización de la compañía que es dueña y que administra el sitio.
 - 2. La naturaleza de la información recolectada.
 - 3. Por que la información es almacenada y cuál es el uso que se le da a la misma.
 - 4. Con qué instituciones la información es compartida.
 - 5. Cuánto tiempo es almacenada la información.
 - 6. Cuáles son los mecanismos de seguridad para evitar intromisiones en el almacenamiento de la información personal.
 - 7. Como puede cambiar en el futuro la política de privacidad del sitio.

8. La individualización de la persona responsable de la privacidad de la información, y
 9. La individualización del organismo fiscalizador en materia de tratamiento de datos personales.
4. La protección al consumidor es otro de los aspectos a incorporar dentro de la legislación de comercio electrónico según el derecho comparado, pero para ello es necesaria la creación de tanto de nuevas obligaciones para el proveedor como derechos del consumidor. En ese orden de ideas podemos decir, que surgen como nuevas obligaciones del proveedor las siguientes
- a. Obligación de información, con especial referencia a: características reales del producto o servicio objeto de la contratación, si existen fotografías del mismo, estas deben ser lo más representativas posibles.
 - b. Obligación de identificación general: debiendo proporcionar su dirección y medios de comunicación directa con los proveedores.
 - c. Determinación de un procedimiento, modo y plazo para realizar la compra y ejecutar el contrato y forma de pago.

Surgen como derechos del consumidor:

- a. Derecho a retracto de la compra y devolución del producto si el mismo no cumple con las características ofrecidas por el proveedor, RECTIFICACIÓN.
- b. Devolución de cargos indebidos: OPOSICIÓN
- c. Derecho a ser informado correctamente sobre todos los aspectos de la transacción: ACCESO E INFORMACIÓN INTEGRAL.

- d. Derecho a que los tribunales competentes y la legislación aplicable sea la del domicilio del consumidor.

Junto con el desarrollo de los derechos del consumidor y las obligaciones del proveedor se hace necesario desarrollar actividades tales como:

- a. Fortalecer los órganos existentes o crear nuevos órganos con amplias facultades para conocer y perseguir los atentados a los derechos de los consumidores en el comercio electrónico.
 - b. Crear efectivos mecanismos de solución de controversias originadas entre proveedores y consumidores.
 - c. Estimular el desarrollo de Códigos y autorregulación de los proveedores y,
 - d. Promover programas de educación de los consumidores para que los mismos puedan distinguir entre los proveedores.
5. Otro elemento a considerar dentro de un anteproyecto de ley de comercio electrónico es la resolución de las disputas que surjan al interior del mismo, ya que se vuelve necesaria la determinación de la legislación aplicable y la fijación de la jurisdicción competente, este problema radica en el caso de aquellos usuarios que al conectarse a la red establecen diversas relaciones, volviéndose compleja la actividad por los múltiples enlaces que se establecen entre diversos países.

Con relación a este tema, adquiere especial importancia el derecho

internacional privado, dado que se está en presencia de una relación jurídica en la que cobra relevancia el elemento contractual, las partes no sólo se encuentran ubicadas en países diferentes, sino además factores como la indeterminación del lugar de celebración y ejecución del contrato, la participación de diversos prestadores del servicio, entre otros, vuelven aún más compleja la relación. El derecho comparado en este punto sostiene: que de no convenir otra cosa, el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, o bien el lugar de residencia habitual de los mismos.

6. Por último y como apartado importante, se tiene el problema de la validez del acuerdo formalizado digitalmente, el que debe contener requisitos indispensables para que surta efectos de derecho, para lo cual se subdivide en:
 - a. Imputabilidad de la declaración de voluntad, la regla de la imputabilidad es clara, pero la problemática de la contratación electrónica consiste en aplicarla, precisamente, en establecer ese nexo: un sujeto puede decir que la declaración de la computadora o del programa no obedece a sus instrucciones, o que la computadora no es de su propiedad, o que ha sido utilizada por un tercero, o que ha sido interferida ilegalmente, problemas que pueden encontrar solución en las cláusulas contractuales.

Las legislaciones comparadas solucionan el problema atribuyendo la declaración de voluntad, si el documento fue enviado por una persona autorizada para actuar en su nombre, o fue enviado por un sistema programado para actuar automáticamente. Las legislaciones se guían por la

regla: *“Quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario.* Esta regla encuentra complemento con deberes colaterales que se imponen a las partes, como el de informar sobre el medio utilizado para comunicarse, y el de utilizar un medio seguro.

b. Distribución de riesgos

c. Formación del consentimiento

Un elemento determinante en relación a la contratación electrónica consiste en determinar cuando y donde el consentimiento de las partes se entiende formado, ya que generalmente será la formación del consentimiento de las partes lo que determinará el momento en que un contrato ha sido perfeccionado, de lo cual se producirán múltiples efectos jurídicos. El derecho comparado en su mayoría reconoce el momento de formación del consentimiento amparado en la teoría de la recepción, de la cual ya se habló anteriormente.

d. Lugar y tiempo de perfeccionamiento

El derecho comparado no proporciona respuesta ante la interrogante planteada, ya que cada país determinar particularmente el momento de formación del mismo. De acuerdo al tiempo se tiene que de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el

control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos a nombre del iniciador.

En cuanto al lugar el derecho comparado establece por generalidad que, de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo.

Como puede verse estos son los elementos mínimos que a grandes rasgos y con base a las teorías que nos permiten determinar la inminente necesidad de crear una legislación que regule el comercio electrónico, deben ser incorporados dentro de la misma, elementos que serán incorporados en el siguiente capítulo dentro de la propuesta que como grupo investigador hemos desarrollado.

CAPÍTULO SIETE

“Propuesta Académica de Ley de Comercio Electrónico”

DECRETO NÚMERO _____

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

CONSIDERANDO:

- I. Que es obligación del Estado salvadoreño, fomentar el desarrollo económico y social del país en aras del beneficio social, según lo dispuesto en el Artículo 101 inciso 2° de la Constitución de la República;

- II. Que las nuevas tecnologías de información y comunicaciones, y principalmente la red de redes, Internet, están revolucionando profundamente la forma como las personas instituciones y Naciones se relacionan, incidiendo progresivamente y transformado la vida cotidiana de cada uno de los individuos, abriendo nuevas alternativas de acceso a la información, la cultura, el comercio y el entretenimiento, marcando estándares más exigentes, cualitativa y cuantitativamente, en cada uno de estos campos, facilitando la interrelación mundial en los ámbitos social, cultural y económico;

- III. Que en el campo económico y en el contexto de la globalización mundial, las transacciones realizadas a través de esta red de redes y, principalmente a través del Comercio Electrónico, aparecen como una forma novedosa y actual para el avance de la actividad socioeconómica del país, que permite la apertura a nuevas oportunidades para el desarrollo económico nacional, tanto en los mercados locales como regionales e internacionales, así como para la creación de nuevas fuentes de empleo, de la cual puedan beneficiarse las empresas, el comercio y la sociedad en general;

- IV. Que la expansión de la Internet, como nueva vía de comunicación y de realización de negocios, ha permitido el desarrollo de la plataforma científica y tecnológica del país, pero al no existir regulación alguna en ese campo, se ha creado incertidumbre para los usuarios de esta nueva cultura informática, y principalmente para aquellos que llevan a cabo actividades comerciales por la vía electrónica, obstaculizando el desarrollo de nuevos productos y servicios, y disuadiendo la inversión, pues las normas vigentes no contemplaron esta nueva realidad, de ahí que se haga necesaria su regulación a través de un soporte jurídico que despeje todas las inquietudes que plantea la realización de actividades a través de esta red de redes, adecuándola a sus características particulares, fomentando su implementación y desarrollo en el país, con el fin de generar ventajas en las diversas actividades humanas, y permitiendo el aumento de la productividad, la competitividad en el mercado y una reducción generalizada en los costos y la mejor utilización de los recursos y;
- V. Que se vuelve indispensable una ley que establezca reglas claras que faciliten el desarrollo del Comercio Electrónico en el país, brindando la confianza necesaria a todos los sectores participantes en esta nueva forma de hacer negocios, estableciendo garantías claras que den seguridad a sus usuarios y dinamicen nuestro mercado.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Economía,

DECRETA la siguiente

LEY GENERAL DE COMERCIO ELECTRÓNICO

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1 OBJETO

La presente ley tiene por objeto regular la utilización de mensajes de datos y comunicaciones electrónicas, cualquiera que sea su forma, en el contexto de actividades legales, sean estas comerciales o civiles, en el ámbito nacional e internacional, de tal manera que ellas puedan ser certificadas válidamente conforme a derecho, mediante procedimientos de seguridad y autenticación electrónicos existentes y que a su vez permitan dar claridad, seguridad, autoría y autenticidad a las mismas.

Art. 2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente Ley será aplicable a todo tipo de comunicación o información transmitida electrónicamente en forma de mensaje de datos, cuyo objeto sea toda actividad lícita de carácter civil o comercial, así como a toda clase de documentos en que las Leyes requieran soporte material y firmas manuscritas, siempre que la información contenida en los mensajes de datos sean legibles, estén disponibles para ser usados y presentados en cualquier momento y exista una razonable seguridad que la información que contienen se ha mantenido sin alteración desde el momento en que fue generada; salvo en los siguientes casos y materias:

- a. Derecho sucesorio,

- b. Derecho de familia
- c. Aquellos actos jurídicos o contratos para los cuales otras leyes exijan expresamente formalidades especiales que no queden cubiertas por esta ley,
- d. Aquellas advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón del riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.
- e. Aquellas obligaciones contraídas por El Salvador en virtud de Convenios o Tratados Internacionales ratificados.

Art. 3 DEFINICIONES

Para efectos de la presente Ley y su aplicación los siguientes términos deberán ser entendidos de la siguiente manera:

Agente electrónico

Programa computacional, o medio electrónico de cualquier naturaleza, utilizado independiente y automáticamente a cualquier otro sistema, para que inicie, ejecute o finalice una acción y responda a un mensaje de datos o instrucciones sin la revisión o intercesión previa de la persona que tiene el control sobre las acciones de dicho agente.

Certificado Digital:

~~Es la~~ Documento electrónico que vincula unos datos de verificación de firma digital a un iniciador, confirmando su identidad y vinculándola con su firma digital;

Clave Pública:

Conjunto de señales, símbolos o códigos ~~Es a~~ utilizado para verificar una firma digital en un sistema criptográfico asimétrico seguro;

Clave privada:

~~Es a~~ Conjunto de señales, símbolos o códigos utilizados para firmar digitalmente un mensaje de datos, mediante un dispositivo de creación de firma digital, en un sistema seguro;

Comercio Electrónico:

Toda ~~trans~~actividad comercial, ~~o~~ financiera, tributaria o de cualquier índoles, realizada a través de soportes electrónicos, por medio del intercambio de mensajes de datos o medios similares;

Comunicación:

Cualquier mensaje de datos conteniendo información necesaria para la relación comercial electrónica;

Consumidor:

~~Se entenderá por consumidor~~ Toda persona natural o jurídica, que en la actividad comercial electrónica contemplada en esta Ley, actúa circunstancial y no permanentemente en la modalidad del Comercio Electrónico de que se trate;

Contratos de Adhesión:

Contrato cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por una de las partes, a través de contratos impresos o electrónicos o en formularios sin que la otra parte, para celebrarlo, haya discutido o participado sustancialmente su contenido.

Contratos Electrónicos:

Todo contrato celebrado sin la presencia física simultanea de las partes, las cuales prestan su consentimiento en origen y en destino a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;

Criptografía:

Método que permite la codificación o cifrado de los mensajes de datos utilizados en una transacción comercial electrónica, convirtiéndolos de una forma legible a una ilegible, los que mediante el uso de algoritmos matemáticos o señales autorizadas por la entidad correspondiente pueden ser devueltos a su forma original y legible;

Destinatario de un mensaje de datos:

Es la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, siempre y cuando no esté actuando como intermediario de este;

Documento Electrónico: Pendiente:

Instrumento dado en formato electrónico que contiene información electrónica que se almacena, envía, comunica, recibe, archiva o genera por cualquier medio electrónico;

Entidad Reguladora:

Entidad pública que se encarga de supervisar las actividades de las Entidades de Certificación;

Entidad de Certificación:

Persona jurídica, nacional o internacional, jurídica y tecnológicamente capacitada y facultada para emitir certificados digitales, con el objeto de dar certeza sobre la identidad y firmas digitales del iniciador y destinatario de un mensaje de datos, ofreciendo y facilitando los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales;

Firma Digital:

Cualquier medio, método, símbolo o proceso electrónico que sustituye la firma manuscrita y se adhiere o ~~se~~ asocia lógicamente con un mensaje de datos aceptado y aprobado por una persona, dándolo por auténtico, impidiendo que el signatario pretenda desconocer la autoría de la misma posteriormente;

Información:

Datos, textos, imágenes, sonidos, códigos, programas computacionales, operaciones informáticas, bases de datos, voz o similares, contenidos en un mensaje de datos;

Iniciador de un mensaje de datos:

Toda persona que, a tenor del mensaje de datos, haya actuado por su voluntad para enviarlo o generarlo ~~antes de ser archivado si éste es el caso~~, siempre y cuando no haya actuado a título de intermediario ~~con respecto a él mismo~~.

Intercambio Electrónico de Datos:

Transmisión electrónica de datos de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida por las partes al efecto;

Intermediario:

~~Con relación a un determinado mensaje de datos, se entenderá como intermediario a~~

†Toda persona que, actuando por cuenta de otra genere, envíe, reciba o archive ~~dicho~~ uno o más

mensajes de datos, o preste algún otro servicio vinculado con la actividad comercial electrónica en nombre del ~~con respecto al~~ representado;

Medio electrónico:

Todo medio que utilice tecnología electrónica, digital, magnética, inalámbrica, alámbrica, óptica, electromagnética o alguna otra similar conocida para enviar o recibir mensajes de datos;

Mensaje de Datos:

Toda información generada, enviada, recibida, almacenada e, intercambiada por métodos o medios de comunicación electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología conocida;

Persona:

Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado, susceptible de contraer derechos y obligaciones conforme a las leyes;

Persona**Prestador de Servicios de Alojamiento:**

~~Es la empresa~~ Persona que realiza el negocio de albergar, servir y mantener archivos de datos para uno o más sitios de Internet;

Proveedor:

Persona que suministra un servicio oneroso a distancia por medio de la vía electrónica a solicitud del destinatario;

Procedimiento de Seguridad:

Proceso, método o medio empleado con el propósito de verificar que una firma digital, documento o mensaje de datos proviene de una persona específica, o para detectar cambios no consensuados o errores en un documento electrónico. Se incluye también cualquier procedimiento que requiera del uso de algoritmos u otros códigos, palabras o números de identificación o de clave, encriptación o cualquier otro procedimiento de verificación de identidad y contenido;

Sistema criptográfico asimétrico seguro:

Método de encriptación que hace uso de un par de claves: la privada, utilizada para firmar digitalmente su correspondiente clave pública, verificando así la firma digital, de forma tal, que con las longitudes de claves utilizadas, sea computacionalmente imposible obtener, inferir o descifrar la clave privada a partir de la correspondiente clave pública;

Sistema de Información:

Cualquier medio informatizado o tecnológico utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos y;

Transacción automatizada:

Acción o serie de acciones ocurridas entre dos o más personas relacionadas con la realización de negocios, comercio o asuntos gubernamentales conducida o realizada

electrónicamente de forma total o parcialmente, y en la cual, los actos de al menos una de las partes no son revisados por nadie al momento de pactar o realizar el contrato.

Art. 4 PRINCIPIOS

En la interpretación y aplicación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta los siguientes principios:

1. Validez y factibilidad de las transacciones por medio de mensajes de datos;
2. Promoción de ~~promoción de~~ la confianza del público en la validez, integridad, claridad y confiabilidad de los mensajes de datos y las firmas contenidas en ellos, ~~, promoviendo el desarrollo de la infraestructura necesaria para implementar un seguro comercio electrónico;~~
3. Internacionalidad del comercio electrónico;
4. Promoción de la uniformidad de su aplicación;
5. Buena fe de las partes;
6. Libre contratación;
7. Armonización con las prácticas comunes y razonables en esta área;
8. El desarrollo prioritario de los aspectos técnicos y las nuevas tecnologías;
9. Desmaterialización del sistema de soporte papel;
10. Los que faciliten el archivo electrónico con autoridades locales y agencias gubernamentales promoviendo un eficiente sistema de servicios públicos; y
11. Otros, que aseguren la agilidad, certeza y legalidad de las comunicacione-s que sean objeto de la presente Ley.

Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente reguladas en ella, se regirán por los principios generales de la legislación vigente.

Art. 5 AUTONOMÍA DE LAS PARTES

Las partes intervinientes en las relaciones comerciales electrónicas, tendrán la libertad de establecer el alcance de los derechos y obligaciones consagrados en la presente Ley, sin permitirse por ello en ningún momento, que limiten o eliminen los ya existentes.

Una persona que ha acordado utilizar mensajes de datos para sus comunicaciones o transacciones electrónicas, podrá establecer los tipos de mensajes de datos que está dispuesto a utilizar y aceptar.

Cuando una de las partes acuerde utilizar mensajes de datos para realizar una transacción, no esta obligada a realizar futuras transacciones por esos medios. La parte que se opone a realizar futuras transacciones por estos medios debe dar aviso a las partes que pudiesen ser afectadas, debiendo establecer un nuevo acuerdo entre ellas. Este aviso deberá comunicarse por cualquier medio de comunicación con acuse de recibo.

La presente Ley habilita el empleo de la firma digital dentro del principio de libertad de contratación.

Art. 6 JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE

Las partes podrán fijar libre, expresamente y de mutuo acuerdo, los términos y condiciones de las cláusulas del contrato electrónico, siempre y cuando éstas no atenten contra la moral y las buenas costumbres. En caso de controversias las partes se someten

a la jurisdicción estipulada en el contrato, a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje, y agotada esta instancia se aplicará la legislación vigente. ~~a lo establecido en las leyes vigentes o a las normas de arbitraje y mediación si las hubiere. La selección de un foro, no implica la selección de la ley aplicable.~~

En caso de controversias en la utilización de los mensajes de datos se aplicarán las mismas reglas establecidas en el inciso anterior. ~~Los mensajes de datos se registrarán por la ley que las partes seleccionen para ello. El acuerdo de las partes sobre esta selección deberá ser expreso; e~~

Los contratos deberán contener una cláusula compromisoria, que indique la forma en que se van a resolver los conflictos en caso de controversia.

Art. 7 INCORPORACIÓN POR REMISIÓN

No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos del que se supone da lugar a este efecto jurídico,

Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cuando en un mensaje de datos se haga remisión total o parcial a directrices, normas, estándares, acuerdos, cláusulas, condiciones o términos fácilmente accesibles con la intención de incorporarlos como parte del contenido o hacerlos vinculantes jurídicamente, se presume que esos términos están incorporados por remisión a dicho mensaje de datos. Entre las partes y conforme a la Ley, esos términos serán jurídicamente válidos como si hubieran sido incorporados en su totalidad en el mensaje de datos.

Tendrán efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria la información que aunque no esté contenida en el mensaje de datos o en una firma electrónica se supone ha de dar lugar a estos efectos, siempre y cuando figure en el mensaje de datos en forma de remisión. ~~(preguntar Mauro este inciso)~~

CAPÍTULO II

REGLAS RELATIVAS A LOS MENSAJES DE DATOS Y SU INTEGRACIÓN CON OTROS REQUISITOS LEGALES DE VALIDEZ DE ACTOS O DOCUMENTOS

Art. 8 VALIDEZ DE LOS MENSAJES DE DATOS

Un mensaje de datos tendrá efectos, validez y fuerza obligatoria como cualquier otro acto o contrato contenido en soporte papel.

No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a los actos, contratos o comunicaciones por la sola razón de que alguna parte de ellos esté contenida en forma de mensaje de datos.

Los documentos que resulten de la transmisión a distancia vía líneas telefónicas o similares que emanen de un facsímil receptor, tendrán legalmente el mismo valor que el documento original enviado desde el fax transmisor, siempre que el original haya sido firmado por el remitente y mientras éste no impugne su firma posteriormente.

Si la transmisión a distancia vía telefax se realiza exclusivamente entre organismos públicos, la copia resultante tendrá el mismo valor de instrumento público

que en derecho le corresponda al original, y hará plena prueba en cuanto a la existencia del original transmitido.

Art. 9 INFORMACIÓN ESCRITA

Cuando alguna disposición legal requiera que una información deba constar por escrito en soporte papel, o bien se establezca la existencia de consecuencias jurídicas por la falta de elaboración en ese formato, se entenderá que un mensaje de datos cumple con el requisito de escrituración si la información contenida en el mismo es legible, si está disponible para ser usada o presentada en cualquier momento y, si existe una razonable seguridad que la información en el consta se ha mantenido tal cual es desde el momento en que fue generada, salvo los cambios que se hayan dado como consecuencia del archivo, recuperación y envío o comunicación del documento.

No se considerará que un mensaje de datos cumple con los requisitos del párrafo anterior, si el iniciador o su sistema electrónico de envío no permite

que el destinatario imprima o guarde dicho mensaje o que el mismo no pueda ser recuperado posteriormente por cualquier medio técnico.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a la información que por su naturaleza deba constar en una forma distinta, así exigida por la Ley, ni respecto de las exclusiones previstas en el artículo dos de la presente Ley.

Art. 10 ORIGINALIDAD E INTEGRIDAD DEL MENSAJE DE DATOS

Cuando la ley requiera que la información sea conservada y presentada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos en el que concurren las siguientes circunstancias:

1. Que exista alguna garantía confiable de que la información generada o comunicada en un mensaje de dato, lo ha sido por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología;
2. Que la información generada en el mensaje de datos se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez, al margen de los cambios que se den en forma de endoso o cambio normal de la comunicación, asimismo como el archivo o presentación y que permanece accesible para ser consultado posteriormente y;
3. Que al solicitarse la presentación de la información contenida en el mensaje de datos, ésta pueda ser mostrada a la persona a quien se deba presentar.

Se considerará como original toda aquella información consignada en un mensaje de datos que se conserve íntegra, es decir, que ha permanecido completa e inalterada, salvo algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación que no altere la información original contenida en el mensaje. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes al mismo.

Art. 11 FIRMA DE DOCUMENTOS

Cuando la Ley exija la existencia de una firma manuscrita en un documento en soporte papel, se entenderá satisfecho dicho requerimiento en relación con un mensaje de datos, cuando:

- a. Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de ese mensaje de datos e indicar que el contenido es de su conocimiento y consecuentemente de su aprobación;
- b. Que el método electrónico utilizado sea tanto confiable como apropiado, de acuerdo con el propósito para el cual el mensaje fue generado, enviado o comunicado y;
- c. Que el mensaje de datos ha sido firmado con una firma digital, de conformidad a los requisitos dispuestos en esta Ley.

Lo dispuesto en el presente 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.

Art. 12 CONSERVACIÓN Y ARCHIVO DEL MENSAJE DE DATOS

Cuando cualquier ley requiera que documentos, registros, datos o información sea conservada o archivada, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos que contengan dichos documentos, registros, datos o información, en cualquier medio electrónico, siempre y cuando se cumplan las condiciones siguientes:

1. Que el mensaje de datos esté accesible para ser consultado en todo momento.
2. Que el mensaje de datos sea conservado en el formato en que se haya generado; enviado, recibido o comunicado, o en cualquier otro formato que permita garantizar y demostrar la exactitud con el mensaje de datos originalmente enviado y;

3. Que se conserve toda la información que permita identificar el origen y destino del mensaje de datos, la fecha y hora en que fue generado, enviado o recibido el mismo y la integridad de su contenido.

No estarán sujetos a la obligación de conservación, los documentos, registros, datos o información, si los mismos tienen por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

Los libros y documentos de los comerciantes podrán ser conservados en cualquier medio electrónico que garantice su reproducción exacta, inalterabilidad y conservación permanente durante el plazo que la Ley requiera.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero previamente autorizado para la conservación de sus mensajes de datos, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por esta Ley.

Art. 13 ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS

Los mensajes de datos serán admisibles como medio probatorio de la información contenida en ellos, y su fuerza probatoria es la que establece la presente Ley.

La admisibilidad y fuerza que se le atribuye como medio de prueba a la información contenida en un mensaje de datos prevalecerá sobre cualquier otro tipo de prueba que lo contraríe, sin perjuicio de cualquier otra forma de prueba que pueda ser aplicable y que se encuentre establecida en la Legislación común.

Art. 14 CRITERIO DE VALORACIÓN DEL MENSAJE DE DATOS

El tribunal competente apreciará el valor probatorio atribuido por esta Ley al mensaje de datos, de conformidad con las Reglas de la Sana Crítica, para tal efecto, deberán tomarse en consideración:

1. La confiabilidad y seguridad en la forma en que se haya generado, enviado, comunicado, recibido o archivado el mensaje de datos;
2. La seguridad sobre la integridad de la información que ofrece el sistema bajo el cual se mantuvo archivado el mensaje de datos;
3. La forma confiable con la cual se identifique al iniciador;
4. El tipo de procedimientos que se hayan utilizado para mantener la seguridad y;
5. Cualquier otro factor que sea pertinente a juicio del Tribunal competente para resolver el caso sometido a su conocimiento.

Para la valoración de las pruebas, el Juez, Arbitro o Mediador a cuyo conocimiento se someta el caso, podrá designar los peritos que considere necesarios, quienes rendirán informe con base a su conocimiento técnico e interpretación, el cual servirá al Juzgador, Arbitro o Mediador para el análisis y calificación del mensaje de datos.

CAPÍTULO III

COMUNICACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS

Art. 15 RECONOCIMIENTO ENTRE LAS PARTES DE LOS MENSAJES DE DATOS

En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez y fuerza obligatoria, a aquellas manifestaciones de

voluntad o declaraciones que se encuentren contenidas en los mensajes de datos generados, enviados o recibidos por las partes.

Las normas contenidas en la presente Ley serán aplicables a las personas que han acordado expresa o tácitamente, utilizar mensajes de datos para comunicarse. Cuando no sea expreso el acuerdo de las partes respecto del reconocimiento de los mensajes de datos, se presumirá haberlo por el contexto, las circunstancias, los principios contenido en el Artículo cuatro de la presente Ley e inclusive por la conducta de las personas intervinientes.

Art. 16 AUTORÍA DEL MENSAJE DE DATOS

Se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando éste ha sido enviado en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a- Por el iniciador mismo;
- b- Por mandatario o representante legal con suficiente poder para actuar en nombre del iniciador, respecto de ese único mensaje de datos;
- c- Por mandatario o representante legal con suficiente poder para actuar en nombre del iniciador, respecto de cualquier mensaje de datos y;
- d- Por un sistema de información programado o autorizado por el iniciador para que opere automáticamente en una relación comercial electrónica.

En los casos en que intervenga mandatario o representante legal con suficiente poder para actuar en nombre del iniciador de un mensaje de datos, deberá relacionarse clara y adecuadamente en el mensaje de datos de que se trate, el documento en el cual se le otorga dicha calidad.

Art. 17 PRESUNCIÓN DE ORIGEN DE UN MENSAJE DE DATOS

Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, en los siguientes casos:

1. Cuando éste haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el destinatario, en el sentido de que el mensaje de datos proviene efectivamente del primero y;
2. Cuando el mensaje de datos que reciba el destinatario, resulte de los actos de algún mandatario o representante legal con suficiente poder para actuar en nombre del iniciador.

Las presunciones contenidas en este artículo no operarán:

- a. A partir del momento en que el iniciador informe al destinatario en plazo razonable que el mensaje de datos no proviene de él y;
- b. Desde el momento en que el destinatario sepa ciertamente que el mensaje de datos no proviene del iniciador.

Art. 18 INTEGRIDAD DEL MENSAJE DE DATOS ENVIADO CON EL MENSAJE DE DATOS RECIBIDO

Siempre que un mensaje de datos provenga del iniciador, 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 ambos, el destinatario 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 tuviera la posibilidad real de saber, 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.

Art. 19 MENSAJES DE DATOS DUPLICADOS

Se presume que cada mensaje de datos enviado por el iniciador es un mensaje de datos diferente y el destinatario tendrá derecho a considerar, que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos único y separado, pudiendo actuar en consecuencia, salvo en la medida en que el iniciador duplique por error otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el nuevo mensaje de datos recibido era duplicado de un mensaje de datos previamente enviado por el iniciador.

Art. 20 ACUSE DE RECIBO

Si al generar o enviar un mensaje de datos, el iniciador unilateralmente solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, aunque no se haya acordado entre estos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá llevar a cabo a través de:

- a) Toda comunicación del destinatario, sea por medio de agente electrónico o no y;
- b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos entre el iniciador y el destinatario, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el iniciador, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado y recibido, cuando se haya recibido éste. Se presumirá que se ha recibido el mensaje de datos cuando el iniciador reciba el acuse correspondiente, salvo prueba en contrario.

Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se tendrá por realizado, salvo prueba en contrario.

Art. 21 PRESUNCIÓN DE RECEPCIÓN

Cuando el iniciador reciba el acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos.

Esta presunción no implicará que el mensaje de datos enviado se corresponda al mensaje de datos recibido o acordado, salvo prueba en contrario.

Art. 22 PLAZO PARA ACUSAR RECIBO

Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos entre el iniciador y el destinatario, las partes deberán acordar un plazo determinado para que tal requisito sea satisfecho, el cual una vez transcurrido sin haber sido realizado el respectivo acuse de recibo, hará entender al iniciador que el mensaje de datos enviado no ha sido recibido.

De no haberse convenido tiempo alguno para acusar recibo del mensaje de datos enviado, se entenderá que existe plazo razonable por parte del iniciador cuando:

- a- De aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo, fijando un plazo nuevo en su caso para su recepción y;
- b- A pesar de la circunstancia regulada en el literal anterior, el iniciador no ha recibido acuse de recibo alguno, éste podrá previo aviso de tal situación al destinatario, considerar que el mensaje de datos original no ha sido enviado o ejercer en su caso cualquier otro derecho que pueda tener.

Art. 23 EFECTOS JURÍDICOS DEL ACUSE DE RECIBO

Las consecuencias jurídicas del contenido de un mensaje de datos se regirán de conformidad a lo dispuesto en el artículo ocho de la presente Ley.

La confirmación de la recepción de un mensaje, indicando que éste ha cumplido con los requisitos técnicamente reconocidos o acordados, no implicará presunción de aceptación de su contenido.

Art. 24 TIEMPO DE ENVÍO DE UN MENSAJE DE DATOS

De no haberse convenido otra situación entre iniciador y destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador, de la persona o del agente electrónico que envió el mensaje de datos a nombre de éste o del medio electrónico programado para tal efecto.

Art. 25 TIEMPO DE RECEPCIÓN DE UN MENSAJE DE DATOS

Si no se ha acordado otra cosa entre los sujetos de la relación comercial electrónica, el momento de la recepción de un mensaje de datos se determinará de la siguiente manera:

- 1) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción del 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 del destinatario que no sea el sistema de información designado, será 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, independientemente de que sea recuperado el mensaje de datos.

Lo establecido en este artículo será aplicable aún cuando el sistema de información esté ubicado en lugar distinto a aquel donde se tenga por recibido el mensaje de datos conforme a las reglas establecidas en el artículo veintiséis de la presente Ley.

Art. 26 LUGAR DEL ENVÍO Y RECEPCIÓN

De no haberse convenido en situación diferente por parte del iniciador y el destinatario del mensaje de datos éste se tendrá por expedido y recibido respectivamente, en los lugares donde el iniciador y el destinatario tengan sus establecimientos.

Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, se preferirá aquel que guarde una relación más estrecha con la operación que ha sido realizada y su cumplimiento y, de no haber una operación que se relacione con ésta, se designará como tal su establecimiento principal.

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

En caso de existir un certificado de firma digital, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el domicilio que conste en el certificado de firma digital del iniciador y, por recibido en él que conste en el certificado de firma digital del destinatario.

El hecho exclusivo de que una persona haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculado a un país concreto no crea la presunción de que su establecimiento o residencia habitual se encuentra en ese país.

Art. 27 ENTREGA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, DIGITALES O INFORMÁTICOS

Tratándose de la comunicación, notificación o entrega de mensajes de datos u otros documentos electrónicos, que cualquier Ley requiera que se entreguen físicamente a una persona, se permitirá que dichos mensajes de datos o documentos electrónicos se entreguen por medios electrónicos, digitales o informáticos, siempre que dicha persona haya accedido expresamente a recibirlos en tal forma.

Los efectos y la validez legal derivados de la realización de la comunicación, notificación o entrega de la manera establecida en este artículo, será la misma que tendría si hubiera sido hecha físicamente o en forma material.

Las mismas reglas se aplicarán a la entrega por medios electrónicos, digitales o informáticos de programas informáticos, música, videos digitalizados y cualquier otro que por su naturaleza pueda ser transmitido digital o electrónicamente.

**Art. 28 PROCEDIMIENTOS DE SEGURIDAD Y VERIFICACIÓN DE ERRORES Y/O
CAMBIOS EN UN MENSAJE DE DATOS**

Si las partes intervinientes en la comunicación de un mensaje de datos, han acordado utilizar cierto procedimiento de seguridad para detectar cambios o errores en el contenido de un mensaje de datos, y sólo una de las partes ha seguido dicho procedimiento detectando un error o cambio en el mensaje de datos, la persona que hizo uso de dicho mecanismo tendrá derecho a hacer valer el mensaje de datos en su forma inalterada o sin errores, contra la parte que no lo siguió, salvo prueba en contrario.

**CAPÍTULO IV
DE LOS CONTRATOS REALIZADOS A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS, DIGITALES O INFORMÁTICOS**

Art. 29 DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

En la formación de un contrato electrónico, de no convenir las partes en otros cosa, la oferta o su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos sin requerir estipulación previa por escrito para que dichas acciones produzcan efectos.

Todos los contratos celebrados por medio de mensajes de datos estarán sujetos a los requisitos de existencia y validez que las leyes, costumbres y usos nacionales e internacionales establecen, todo en concordancia con la presente Ley.

Los actos, contratos y declaraciones de voluntad celebrados o realizados a través de mensajes de datos tendrán los mismos efectos, validez y fuerza ejecutiva que poseen aquellos realizados en forma material.

Art. 30 CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Cuando en una transacción electrónica, alguna de las partes se obliga bajo condiciones generales de contratación previamente establecidas, éstas deben haber sido redactadas con claridad, concreción, sencillez y su formato no debe desalentar su lectura, debiendo estar disponibles a la hora de llevar a cabo la contratación.

Todas aquellas condiciones que rigen dicha contratación y que sean consideradas como ambiguas, oscuras o incomprensibles, serán interpretadas en contra de la parte que las redactó, de conformidad a las disposiciones de esta Ley.

Art. 31 IDIOMA DE LOS CONTRATOS

Se presume que las partes contratantes conocen y comprenden el idioma en que realizan los contratos electrónicos.

En caso de existir conflictos entre las diferentes versiones del mismo contrato, prevalecerá la versión del contrato en castellano, siempre y cuando, este idioma haya sido uno de los de contratación originalmente acordados.

Art. 32 AGENTES ELECTRÓNICOS

Un contrato podrá ser celebrado por medio del intercambio de mensaje de datos realizado entre agentes electrónicos, o entre éstos y un particular. Un contrato electrónico celebrado por una persona y el agente electrónico de otra, no tendrá efectos legales, validez ni fuerza obligatoria en los casos siguientes:

- a- Cuando alguno de los contratantes haya cometido un error material en el documento, y el agente electrónico no le dio la oportunidad de corregirlo o prevenirlo y;
- b- Cuando un contratante notifica a la otra parte sobre el error tan pronto como sea posible, y la parte notificada no hace nada por corregir el error advertido.

Art. 33 TIEMPO DE VALIDEZ DE LA OFERTA

Cuando el oferente no establezca tiempo de validez para su oferta, ésta tendrá un período de validez de tres días, contados a partir de la notificación del acuse de recibo.

En el caso de que hubiere aceptación de la oferta en dicho período, las obligaciones entre las partes producirán sus efectos de inmediato.

Art. 34 INVITACIÓN A HACER OFERTAS

Un mensaje de datos que contenga la propuesta de celebrar un contrato que no va dirigido a una o varias personas determinadas, sino que resulta generalmente accesible a las personas que hacen uso de sistemas de información, como la oferta de bienes y servicios a través de un sitio de la red de Internet, se considerará simplemente como una

invitación a hacer ofertas, salvo que indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Salvo que el oferente indique otra cosa, se presumirá que la oferta de bienes o servicios realizada por medio de sistemas de información automatizados indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Art. 35 NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Se considerarán nulos los contratos electrónicos que adolezcan alguna causas de nulidad o vicio del consentimiento de los previstas en la legislación común vigente.

CAPÍTULO V DE LA FIRMA DIGITAL

Art. 36 RECONOCIMIENTO Y EFECTOS JURÍDICOS

La firma digital, siempre y cuando reúna los requisitos determinados en la presente Ley y cumpla con los reglamentos que para tal objeto fueran dictados, tendrá el mismo efecto, validez, efectividad y ejecutoriedad que posee una firma manuscrita.

Una persona podrá utilizar la firma digital en todos aquellos actos en los cuales la ley permite o requiere una firma manuscrita, excepto en aquellos casos en que se establece que esta firma es requisito indispensable para la validez de los mismos.

Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de la misma tiene la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo, salvo prueba en contrario.

Art. 37 REQUISITOS ESENCIALES

Serán reconocidas y tendrán efecto, validez, efectividad y ejecutoriedad las firmas digitales que incorporen los siguientes elementos:

1. Ser exclusiva respecto de la persona titular de la misma;
2. Garantía de confidencialidad del mensaje de datos que ampara;
3. Encontrarse bajo el control exclusivo de la persona titular de la misma, o de su mandatario o representante legal con poder suficiente para hacer uso de ésta;
4. Estar ligada a la información o mensaje de datos que ampara, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada;
5. Que ofrezcan seguridad suficiente de no poder falsificarse con la tecnología existente;
6. Que no altere la integridad del mensaje de datos que ampara;
7. Que haga uso de un sistema de tecnología criptográfica confiable y ;
8. Que sean generadas conforme a la Reglamento de esta Ley.

La firma digital, debidamente certificada por una Entidad de Certificación autorizada de conformidad a los establecido en el Capítulo VI de la presente Ley, se considerará que cumple con los requisitos esenciales señalados en este artículo.

Art. 38 DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS SUSCRIPTORES DE FIRMAS DIGITALES

Son deberes de los suscriptores de firmas digitales:

1. Aceptar la firma digital que le sea asignada por la entidad de certificación o bien que haya generado habiendo utilizado un método autorizada por ésta;

2. Actuar con la debida diligencia, tomando las medidas de seguridad necesarias para mantener la firma digital bajo su estricto control, evitando toda utilización no autorizada de su firma digital;
3. Suministrar la información que requiera la entidad de certificación;
4. Solicitar oportunamente la revocación de los certificados de firma digital por las causas previamente señaladas en el Reglamento de esta Ley que para tal efecto fuera dictado;
5. Aceptar como tuyas las operaciones que sean realizadas por su mandatario o representante legal con poder suficiente para tal efecto, que hayan sido autorizadas por éste y amparadas con la firma digital asignada y;
6. Cumplir con las obligaciones derivadas del uso ilegal de su firma, siempre y cuando éste no haya actuado diligentemente para impedir la utilización no autorizada de la misma.

Los suscriptores de un certificado de firma digital serán responsables por la falsedad, error u omisión en la información suministrada a la entidad de certificación y, por el incumplimiento de los deberes antes señalados.

Art. 39 OBLIGACIONES

Mientras el certificado de firma digital no sea revocado, suspendido o cancelado conforme al Reglamento de esta Ley que para tal efecto fuere dictado, la firma digital vincula al titular, su mandatario o representante legal, en las obligaciones que hayan sido contraídas de buena fe frente a terceros.

Frente al tercero de buena fe, no cesará la eficacia de la firma digital por muerte, incapacidad, liquidación, quiebra o cualquier otra causa restrictiva de la capacidad de la persona a quien se imputen los efectos de la misma.

Art. 40 VIGENCIA

El período de vigencia de la firma digital estará sujeto a la voluntad del titular de la misma, de acuerdo a lo que se estableciere en el Reglamento de esta Ley o en cualquier otra Ley que fuere emitida al respecto.

Art. 41 VALOR PROBATORIO

Las firmas digitales serán admisibles como prueba en juicio, valorándose éstas de conformidad a las reglas de la sana crítica y a los criterios de valoración contenidos en las normas de la presente Ley.

CAPÍTULO VI

DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN Y DE LOS CERTIFICADOS DE FIRMA DIGITAL

Art. 42 AUTORIZACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN

Las entidades de certificación públicas o privadas, nacionales o internacionales, a las que hace referencia la presente Ley, serán autorizadas por la oficina que a tal efecto sea creada por Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, organismo que concederá dicha autorización basado en las siguientes condiciones:

1. Ser persona jurídica;

2. Contar con la capacidad financiera y humana suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación;
3. Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta Ley, garantizando durante su tiempo de funcionamiento, la capacidad tecnológica que asegure confiabilidad en sus operaciones;
4. Garantizar un servicio rápido y seguro de suspensión, cancelación y revocación de los certificados de firma digital que emita y;
5. Tener un sistema de información de acceso libre, permanente, actualizado y eficiente en el cual se publiquen las políticas y procedimientos aplicados para la prestación de sus servicios, así como los certificados que hubiere proporcionado, revocado, suspendido o cancelado y las restricciones o limitaciones aplicables a éstos.

El Reglamento de la presente Ley establecerá las demás regulaciones que gobernarán las actividades y requerimiento, suspensión de actividades, garantía, revocación y otras normas necesarias para la aplicación de esta Ley.

Art. 43 OBLIGACIONES

Son obligaciones de las entidades de certificación las siguientes:

- a- Estar legalmente constituidas y registradas en el órgano de control correspondiente;

- b- Mantener la capacidad tecnológica que de acuerdo al Reglamento de la presente Ley garantice confiabilidad y probidad para la prestación de los servicios de certificación;
- c- Ser entidades con solvencia técnica, logística y financiera para prestar óptimos servicios a sus usuarios y para responder por daños y perjuicios que se causaren a los usuarios o terceros;
- d- Que sus representantes legales y administradores no sean personas que hayan sido condenadas con pena privativa de libertad por delitos dolosos, además, las personas que han sido excluidas o suspendidas en el ejercicio de su profesión. Esta inhabilidad estará vigente mientras no se extinga la responsabilidad penal, o dure la suspensión respectivamente;
- e- Garantizar la prestación permanente del servicio de Certificación;
- f- Atender oportunamente las solicitudes y reclamaciones hechas por los suscriptores;
- g- Contar con un servicio de suspensión, cancelación y revocación de certificados, rápido y seguro;
- h- Mantener personal técnico, con experiencia y debidamente calificado y capacitado en la materia;
- i- Utilizar sistemas y productos confiables que estén protegidos de toda alteración, que garanticen la seguridad técnica ~~y criptográfica~~ de los procesos que soporten;
- j- Mantener sistemas de respaldo de la información relativa a los Certificados;
- k- Mantener una publicación en Internet y en otros medios determinados en el contrato de suscripción, donde ~~en los cuales~~ conste la información relativa a los procedimientos, reglamentos y prácticas aplicadas a los contratos celebrados con los usuarios;

- l- Utilizar herramientas o programas de firma digital que estén protegidos contra la modificación de éstas, de tal forma que no puedan realizar funciones distintas a aquéllas para las que han sido diseñadas, debiendo utilizar productos de firma digital que, bajo estándares internacionales, garanticen la seguridad y confidencialidad técnica de los procesos de certificación soportados por los productos;
- m- Adoptar medidas para evitar la falsificación de Certificados ~~y, en el caso de que la Entidad de Certificación intervenga en la generación de claves privadas,~~ que garanticen la seguridad y confidencialidad durante el proceso ~~de generación de dichas claves;~~
- n- Almacenar toda la información relativa a un Certificado para efectos de prueba en procedimientos judiciales por un período no inferior a diez años. El almacenamiento podrá hacerse de forma electrónica;
- o- No duplicar ni almacenar registros relativos a los mecanismos para descifrar los mensajes de datos y/o la firma digital de los usuarios a menos que éstos los soliciten expresamente;
- p- ~~de la persona a la cual la entidad de certificación de información ofrezca servicios de administración de claves, a menos que la persona lo solicite expresamente por un medio seguro;~~ Mantener informados a los consumidores ~~antes de iniciar una relación contractual,~~ utilizando un lenguaje entendible y un medio duradero de comunicación, acerca de los términos precisos y condiciones para el uso del certificado, incluyendo cualquier limitación sobre responsabilidad y los procedimientos existentes para resolver cualquier conflicto;
- q- Transferir al Organismo de Control para su archivo confidencial, el registro de la firma digital ~~las claves,~~ revocaciones y la documentación que las justifique, en

caso de disolución, ~~liquidación~~ o terminación de las actividades o quiebra técnica;

- r- Garantizar la integridad, disponibilidad y entrega de la información y documentos a su cargo, a fin de que puedan ser usados como medio de prueba. En especial, suministrarán la información que sea requerida por las entidades administrativas competentes o judiciales en relación con las firmas digitales y certificados emitidos y, en general sobre cualquier mensaje de datos que se encuentre bajo su custodia y administración;
- s- La Entidad de Certificación, está obligada ~~en el acto~~, a proceder a la revocación, suspensión o cancelación de certificados y a su inmediata publicación de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley;
- t- Elaborar los instructivos que definan las relaciones con el suscriptor y la forma de prestación del servicio;
- u- Mantener y publicar oportunamente en Internet un listado de fácil y rápido acceso de los certificados de firmas digitales suspendidas, canceladas o revocadas;
- v- Proporcionar a los titulares de certificados de firmas digitales un medio efectivo y rápido para dar aviso general que una firma digital tiene riesgo de uso indebido, en cuyo caso el titular deberá solicitar la suspensión del mismo;
- w- Certificar la correspondencia del funcionamiento entre la clave pública y la clave privada, de acuerdo al certificado expedido y la entrega al titular de ambas claves;
- x- ~~Certificar la correspondencia de funcionamiento entre la clave pública y la clave privada de acuerdo al certificado expedido y la entrega al titular de ambas claves;~~ Asegurar que el titular del certificado tuvo, en el momento de creación del

mismo, el instrumento de generación y verificación de la firma en cuestión, identificados en el certificado.

Art. 44 DE LOS CERTIFICADOS

Un certificado emitido por una entidad de certificación autorizada, de contener por lo menos lo siguiente:

1. Nombre y dirección del suscriptor;
2. Nombre y dirección de sus oficinas y ámbito donde realiza sus actividades la entidad de certificación;
3. Cualquier método seguro que se utilice para identificar al suscriptor;
4. La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos;
5. El número de serie del certificado;
6. El límite financiero hasta donde puede utilizarse el certificado, así como la responsabilidad del titular o de la entidad certificadora;
7. En los casos de mandatario o representante legal, la relación del poder que acredite al representante y;
8. Cualquier otro requisito que se considere esencial según el Reglamento de la presente Ley.

Art. 45 PROTECCIÓN DE DATOS

Las entidades de certificación garantizarán el archivo de datos obtenidos en función de su trabajo, buen uso y manejo, para lograr los siguientes propósitos:

- A) La reserva, privacidad, protección y confidencialidad de la información y datos que manejen;

- B) Obtener información únicamente con el consentimiento y voluntad de la persona relacionada con dicha información y;
- C) Otros propósitos establecidos en las leyes y reglamentos que regulen la materia.

Las entidades de certificación, recopilarán datos personales únicamente de los sujetos titulares de un certificado o sus representantes legalmente acreditados y sólo en la medida en que sean necesarios para la emisión de los mismos. Los datos recopilados no pueden ser procesados, cedidos o distribuidos para fines distintos de la prestación de servicios de certificación, sin el consentimiento expreso del titular.

Serán sancionadas conforme a la Ley, las entidades de certificación que lleven a cabo la recopilación y cesión ilegal de datos, así como las violaciones de los derechos de confidencialidad y protección de datos personales.

Art. 46 CESE DE ACTIVIDADES

La Entidad de Certificación cesa de tal calidad en los siguientes casos: Por decisión unilateral comunicada a la entidad reguladora;

- a. Por decisión unilateral así comunicada a la entidad reguladora
- b. Por extinción ~~revocación~~ de su personalidad jurídica o por cualquier otra causal legal de disolución y;
- c. Por revocación de su licencia dispuesta por la entidad de reguladora.

Los certificados emitidos por una Entidad de Certificación que cesa en sus actividades deben ser revocados a partir del día y la hora en que cesa su actividad.

En el caso del literal a) la Entidad de Certificación debe notificar a la a Entidad Reguladora y hacer saber, mediante publicación en el diario oficial por tres días consecutivos, la fecha y la hora de cese de actividades, lo ~~a~~ cual no puede ser antes de ~~anterior a los~~ noventa días contados desde la fecha de la última publicación.

Igualmente deberán notificar el cese de actividades a todos sus usuarios desde el momento de su decisión o que tome conocimiento de la revocación de su licencia para operar.

CAPÍTULO VII DE LA ENTIDAD REGULADORA

Art. 47 FUNCIONES

La Entidad Reguladora ejercerá las facultades que legalmente le han sido asignadas respecto de las Entidades de Certificación y adicionalmente tendrá las siguientes funciones:

- a- Autorizar la actividad de las entidades de certificación constituidas legalmente en el territorio nacional, otorgando licencias de operación;
- b- Velar por el buen funcionamiento de las ~~y la eficiente prestación de servicios por parte de las~~ Entidades de Certificación;
- c- Realizar visitas de auditoría a las Entidades de Certificación de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la presente Ley;
- d- Solicitar la información pertinente a las Entidades de Certificación para el ejercicio de sus funciones;

- e- Imponer sanciones a las Entidades de Certificación en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación del servicio;
- f- Ordenar la revocación de certificados cuando la entidad de certificación los emita sin el cumplimiento de las formalidades legales;
- g- Designar los repositorios y entidades de certificación en los eventos previstos en la Ley;
- h- Emitir certificados en relación con las firmas digitales en las entidades de certificación;
- i- Velar por la observancia de las disposiciones constitucionales y legales sobre la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal y protección al consumidor, en los mercados atendidos por las entidades de certificación;
- j- Revocar o suspender la acreditación otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones que se establecen en la presente Ley;
- k- Mantener, procesar, clasificar, resguardar y custodiar el Registro de las Entidades de Certificación de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.
- l- Imponer ~~Recaudar~~ multas de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley; y AVERIGUAR COMO LO ESTABLECE LA LEY ESPAÑOLA, LOS SUPUESTOS DE INFRACCION Y LAS SANCIONES TIENEN QUE ESTAR EN LA LEY.
- m- Actuar como mediador en la solución de conflictos que se susciten entre las Entidades de Certificación y sus usuarios, cuando ello sea solicitado por al menos una de las partes involucradas, sin perjuicio de las atribuciones que conforme a esta Ley y su Reglamento tenga el organismo encargado de la protección, ~~educación y defensa~~ al ~~del~~ consumidor ~~y el usuario~~, ~~conforme a esta~~

Ley y su Reglamento. ~~EL REVISARA COMPATIBILIDAD CON LA LEY DE MEDIACION Y ARBITRAJE.~~

El Reglamento de esta Ley establecerá las demás regulaciones que gobernarán las actividades y requerimientos, proceso de mediación, creación de registros, aranceles, supervisión, cumplimiento de obligaciones, medidas cautelares, sanciones y otras normas necesarias para la aplicación de la presente Ley.

Art. 48 SANCIONES

La entidad reguladora con base al debido proceso y al derecho de defensa, podrá imponer a las entidades de certificación, por el incumplimiento de sus responsabilidades y obligaciones según la naturaleza y la gravedad de la falta, las siguientes sanciones:

1. Amonestación escrita;
2. Multa de hasta cien salarios mínimos, tanto para las entidades de certificación como para los administradores y representantes legales de las mismas;
3. Suspensión inmediata por un período de uno a cinco años de todas o algunas de las actividades de la entidad infractora y;
4. Revocar definitivamente la autorización para operar como entidad de certificación.

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES FINALES

Art. 49 DEL REGISTRO PÚBLICO DE DOCUMENTOS

Cuando las leyes requieran para la existencia o validez de algún contrato, acto o declaración de voluntad de su inscripción en un registro público, este requisito habrá de cumplirse en soporte papel hasta que se cree el registro electrónico.

La facilidad del registro electrónico de documentos que se cree, tendrá sus propias reglas de funcionamiento, las cuales serán establecidas por decreto ejecutivo y llevadas a cabo por el Centro Nacional de Registros. Dicho registro electrónico no podrá negar efecto, validez o ejecutoriedad de un documento por el hecho de estar en formato de mensaje de datos.

Art. 50 PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La presente Ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor, especialmente las contenidas en la Ley de Protección al Consumidor.

Si la Ley aplicable seleccionada contractualmente por las partes fuese en detrimento de los derechos de los consumidores conforme a la legislación salvadoreña, dicha cláusula se entenderá por no escrita.

Art. 51 RECONOCIMIENTO DE CERTIFICADOS, DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS Y FIRMAS DIGITALES EXTRANJERAS

Cuando se requiera determinar la validez de un certificado, documento electrónico o firma digital emitida en el extranjero, no se le negarán validez, efectos jurídicos y ejecutoriedad por el solo hecho de haber sido emitidos o creados en país extranjero, pero para ser reconocidos en los mismos términos y condiciones exigidos por la presente Ley,

deberán haber sido extendidos por una entidad de certificación de sólido reconocimiento en su país de origen.

Los certificados, documentos electrónicos o firmas digitales extranjeros no garantizados por una entidad de certificación debidamente acreditada y de sólido prestigio en el país de origen de los mismos carecerán de los efectos jurídicos que se les atribuyen en la presente Ley, sin embargo podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

Art. 52 REGLAMENTACIÓN DE LA LEY

El Órgano Ejecutivo por medio de la Oficina que a tal efecto deberá crear la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones contará con un plazo de dieciocho meses, contados a partir de la publicación de la presente Ley para llevar a cabo la función de inspección, control y vigilancia de las actividades realizadas por las Entidades de Certificación y para emitir los Reglamentos que desarrollen el contenido de la presente Ley.

Art. 53 APLICACIÓN SUPLETORIA

En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo dispuesto en la legislación común.

Art. 54 DEROGATORIAS

Por el carácter especial de esta Ley, quedan derogadas todas aquellas disposiciones contenidas en la legislación común vigente que contraríen las contenidas en el presente cuerpo normativo.

Art. 55 VIGENCIA

La presente Ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

CAPÍTULO OCHO
“Conclusiones y
Recomendaciones”

8.1 CONCLUSIONES

Después de un análisis profundo de la información incorporada y propuestas realizadas en la presente investigación, como grupo de trabajo podemos concluir que:

1. El constante desarrollo de las tecnologías informáticas y el avance de las telecomunicaciones son características propias de un mundo globalizado y tecnificado y, en nuestro país son fenómenos cuyos efectos no se limitan a la esfera de la ciencia y la tecnología, sino más bien trascienden a otros ámbitos, entre ellos el jurídico, en cuanto que, al interior de este mundo virtual son desarrolladas relaciones comerciales, contractuales, familiares, académicas y de otras naturalezas, las que se convierten en todo un desafío para los legisladores, operadores del sistema judicial nacional, órganos del Estado y demás componentes propios de una organización que busca convertirse en una sociedad de la información.
2. Esta figura comercial favorece en gran medida el desarrollo económico y social del país, en cuanto que, por un lado permite la incursión en los negocios electrónicos a mayor cantidad de micro, pequeños y grandes empresarios en todas las áreas de la actividad comercial, participación que no requiere de mayores costos, permite el aumento de la productividad de estos sectores y fomenta la competitividad y participación de estos sujetos en otros mercados; y por otra parte, permite reducir el tiempo empleado en las diversas actividades realizadas por los usuarios de la red al ser éstas desarrolladas en línea y fomenta la creación de nuevas fuentes de empleo en ese sector.

3. El crecimiento y utilización del comercio electrónico en El Salvador, depende en gran medida de las actividades desarrolladas por los órganos e instituciones del gobierno competentes en la materia, dirigidas a mejorar los aspectos tecnológicos de éste, a propiciar el desarrollo de una cultura electrónica y a fomentar la introducción y participación en los diversos mercados electrónicos con seguridad, no sólo de las empresas sino también de los usuarios particulares de la red.
4. Es indispensable la incorporación, fomento y participación de toda la sociedad salvadoreña en esta nueva cultura informática, todo lo cual para realizarse con éxito debe ser garantizado tanto por el gobierno, quien debe propiciar el acceso a este tipo de tecnologías a niños y adultos, fomentando en ellos la participación activa en la red y en el comercio electrónico y, además por la regulación dentro del marco jurídico específico a través de aspectos fundamentales que permitan la creación de confianza en este tipo de ambiente y de las relaciones comerciales en él desarrolladas, asegurando su efectividad, integridad y legalidad.
5. Se ha comprobado suficientemente la hipótesis base del presente estudio: *“La falta de legislación que regule el Comercio Electrónico incide en la desprotección de las relaciones contractuales realizadas en Internet”*, puesto que, a través del desarrollo de los aspectos teóricos y doctrinarios, de entrevistas a los operadores del sistema judicial y del acercamiento a profesionales vinculados con el comercio electrónico en nuestro país, se evidencia que las relaciones comerciales producto de un vínculo jurídico surgido en Internet se encuentran desprotegidas, en cuanto que, la legislación nacional reconoce e

incorpora dentro de su contenido normativo de manera muy limitada esta figura novedosa y no se ha preocupado por crear una regulación especial respecto de este fenómeno que comprenda su naturaleza y características especiales, generando de esta manera inseguridad jurídica a los usuarios de la red, debido a la vulnerabilidad de los derechos y obligaciones que surgen como producto de las relaciones contractuales realizadas electrónicamente.

6. Se vuelve necesario en el ámbito jurídico nacional, la implementación de una legislación especial y la reglamentación necesaria que establezca pautas claras, acordes a las características, particularidades y elementos propios del comercio electrónico, la que deberá ser elaborada tomando en cuenta las directrices señaladas por organismos internacionales competentes en la materia, tratados internacionales, la experiencia del derecho comparado y la incorporación a la legislación civil y mercantil ya existente de aquellos aspectos básicos y fundamentales de tal figura comercial.
7. No se encuentra Institución gubernamental en el país que tenga a su cargo la verificación de los mecanismos de seguridad, legalidad e integridad de las transacciones comerciales electrónicas y mucho menos, entidades o empresas encargadas de prestar los servicios técnicos de seguridad e identificación en la red, lo cual aumenta la problemática del acceso a este nuevo mercado, en cuanto que, vuelve inseguras y desconfiables este tipo de transacciones y por ende de los sujetos que intervienen en la misma.
8. Los organismos estatales y particulares encargados de la protección al

consumidor no están preparados para defender los intereses de los particulares en una relación contractual celebrada en Internet, en cuanto que, los mecanismos proporcionados por la legislación relativa a la protección del consumidor son ineficaces en este ámbito, volviéndose inaplicables para tales relaciones, cobrando mayor relevancia tal desprotección en aquellas transacciones comerciales en que el prestador del servicio u oferente del bien no tiene sucursal o representación legal alguna en el país.

9. En El Salvador, no se reconoce valor alguno al documento presentado en soporte electrónico, por lo que no se convierte en garantía alguna del negocio jurídico o actividad que ampare, generando con ello menor participación de la población en este tipo de transacción y por ende menor participación en la actividad comercial celebrada por Internet.
10. No existe conocimiento suficiente de la figura comercio electrónico por parte de los operadores del sistema judicial salvadoreño, motivo que se convierte en una limitante para la adecuada solución de los conflictos que como resultado de una relación contractual electrónica sean sometidos a su competencia.
11. Los procedimientos judiciales salvadoreños no están acordes a la especialidad que representa el comercio electrónico, lo que no significa la necesidad de crear nuevos tribunales competentes para dirimir los conflictos que se susciten o de etapas procesales especiales, sino más bien se trata de que al interior del órgano judicial, los tribunales competentes en tal materia no reconocen valor alguno a la transacción realizada por medios electrónicos ni aceptan la apreciación de los

medios probatorios de una transacción electrónica, ya que para ello se basan en el sistema legal de valoración de la prueba, que reconoce únicamente los medios probatorios ya expresamente señalados por la legislación no aceptando ningún otro, y por ende provocando inseguridad jurídica en las personas que hacen uso de tal tipo de transacción comercial.

8.2 RECOMENDACIONES

Después de haber presentado las conclusiones obtenidas en el presente estudio, y con base al análisis teórico y doctrinario del comercio electrónico, al acercamiento a los operadores del sistema judicial, a los profesionales vinculados con esta modalidad de comercio en el país y vista la necesidad de regular tal fenómeno, para lograr un mejor y mayor desarrollo del comercio electrónico no sólo a nivel nacional sino también a nivel mundial por el carácter globalizador de esta figura permitiendo con ello el avance de la tecnología de la información y las telecomunicaciones en el país, como grupo investigador recomendamos:

A) AL ESTADO SALVADOREÑO Y LA ASAMBLEA LEGISLATIVA:

1. Que en la implementación y desarrollo de la figura comercio electrónico en el ámbito nacional sean tomadas en cuenta cuatro áreas de trabajo específicas, a saber: el desarrollo de la infraestructura y soportes electrónicos de la tecnología de las telecomunicaciones y la información que garanticen el acceso a la red a la mayor cantidad de salvadoreños posibles a bajos y costos y con servicios eficientes; la generación de una cultura informática en el país que propicie el uso de las tecnologías electrónicas de telecomunicaciones tanto en adultos como en niños, permitiendo a éstos el acceso a un sistema globalizado y tecnificado que facilite adoptar en sus vidas éste sistema de tecnologías con normalidad; la implementación de todo un marco regulatorio que asegure la intimidad y derechos de los usuarios de la red, fomentando con ello su participación en el mundo virtual y por ende en el comercio electrónico, y finalmente la promoción de la participación de las empresas salvadoreñas en los mercados nacional,

regional e internacional, asegurando que su participación será competitiva en éstos y frente a otras empresas y actores del comercio electrónico.

2. Que se cree y establezca una base jurídica que fomente un ambiente seguro y de legalidad en cuanto al comercio electrónico, comprendiendo en ella la incorporación a la normativa preexistente de las características particulares de esta modalidad de comercio, la elaboración e implementación de un marco normativo que se adapte a la realidad salvadoreña y a la evolución tecnológica, científica y económica del país, y a su vez que ésta pueda ser objeto de cambios coherentes a las transformaciones de las transacciones comerciales realizadas en Internet y en el país.

3. Que basados en el principio de inalteración de la legislación preexistente en materia de contratos y obligaciones, el legislador nacional se limite a incorporar al contenido de la normativa nacional en materia civil y mercantil ya existente, aquellos aspectos que sean propios y particulares del comercio electrónico, sin que ello importe modificar o eliminar los parámetros preexistentes en tal normativa, asimismo debe tomarse en cuenta que la legislación especial a adoptar y la reglamentación de la misma, debe ser creada con base en las recomendaciones señaladas por los organismos internacionales vinculados con el tema, principalmente las directrices proporcionadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Ley Modelo para la incorporación del comercio electrónico al derecho interno, tratados internacionales vinculados al tema, los aciertos y fallos apreciados en la

experiencia del derecho comparado y las legislaciones particulares del área Latinoamericana.

4. Que se propicie y fomente el desarrollo de una cultura informática al interior del país, objetivo que será logrado a través de la inversión en la educación, principalmente en los niveles primarios y básicos, para que los niños y adolescentes puedan adaptar a sus formas de vida esta cultura, y hagan uso de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones, puesto que serán ellos los actores principales en la sociedad de la información que se pretende construir en el mundo; y en cuanto a los adultos, fomentar en la medida de lo posible su acceso a programas educativos formales o informales de formación a través de las instituciones y entidades respectivas, con el fin de convertirles en potenciales usuarios de la red y por ende sujetos de una posible transacción comercial electrónica.
5. Que el Estado a través del Órgano Ejecutivo, participe en mayor medida y activamente a través de jóvenes profesionales en convenciones, congresos o conferencias en los que se intercambien opiniones e información de avanzada respecto a la materia, principalmente aquella información vinculada a las experiencias nacionales de los países con mayores avances en este campo, posibilitando con ello la participación de estos sujetos en la toma de decisiones que permitan mejorar la plataforma tecnológica, científica, jurídica, económica y social del comercio electrónico en el país, y con ello promover el desarrollo de una sociedad informática y tecnológica en El Salvador.

6. Que se fomente la investigación en todos los campos de la ciencia respecto de este fenómeno, con el fin de conocer sus particularidades y permitir con ello la implementación adecuada de esta figura en el país, evitando así la problemática y consecuentes fallos cometidos en otras Naciones, asegurando el máximo nivel de beneficios que esta modalidad comercial proporciona.
7. Que se facilite el acceso y la información suficiente sobre comercio electrónico a los micro, pequeños medianos y grandes empresarios del país a través del Órgano Ejecutivo, para que puedan aprovechar al máximo las oportunidades ofrecidas por esta modalidad comercial, debiendo el gobierno posibilitarles una formación que les permita conocer la forma de obtener mayores beneficios a menores costos, incrementar su producción, organización, medidas de seguridad, bienes y servicios para inversión, clientes potenciales, sistemas de calidad, acceso a mercados nacionales, regionales e internacionales, y potenciar la atención de la inversión extranjera en el país.
8. Que es indispensable propiciar la confianza y seguridad de las transacciones electrónicas realizadas por Internet, tarea que debe estar a cargo del Estado salvadoreño y ser desarrollada a través de una entidad gubernamental específica y adecuada para tal efecto, que tenga a su cargo la autorización, control, vigilancia y sanción de las instituciones o sociedades encargadas de aspectos básicos tales como la regulación de los mecanismos de verificación y fiscalización de la actividad comercial realizada por medios electrónicos, la seguridad y confidencialidad no sólo de la transacción, sino también y principalmente de la identidad, los datos personales y de los derechos y garantías

de las partes intervinientes, la implementación de métodos tecnológicos de seguridad que legitimen las transacciones, garanticen la autenticidad de los participantes, y eviten todo tipo de fraude que pueda ser cometido en las mismas, lo cual en definitiva permitirá que las empresas y los usuarios depositen su confianza en el sistema comercial electrónico, y por ende que su desarrollo e implementación a nivel nacional se incremente.

9. Que se dote de más y mejores herramientas a las entidades pública y privada encargadas de la protección al consumidor, lo cual implica, la reforma a la legislación en materia de protección al consumidor, facultando al organismo público a poder entablar controversias de carácter internacional, requerir la presencia de representantes legales de empresas no domiciliadas en el país, ampararse a tratados internacionales o convenciones relativas a comercio electrónico para proteger al consumidor, difusión de la normativa respectiva a los usuarios, capacitación del personal en el área, entre otras.

B) AL ÓRGANO JUDICIAL Y CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

1. Que se capacite a los jueces, colaboradores judiciales y demás miembros del órgano judicial vinculados con la materia, en los aspectos técnicos y jurídicos que giran alrededor del comercio electrónico, con el fin único de que puedan ser sometidos a conocimiento de éstos aquellos conflictos derivados de una relación contractual electrónica, garantizando con ello la seguridad jurídica de los participantes en la relación y asegurando la legalidad de los procesos.
2. Que los procedimientos judiciales salvadoreños sean adecuados a la especialidad

y demás particularidades presentadas por el comercio electrónico, lo cual no implica la creación de nuevos tribunales competentes para conocer de tal tipo de sucesos, ni mucho menos la implementación de etapas procesales especiales para los conflictos productos del comercio electrónico, sino más bien, y a partir de la incorporación a la legislación nacional existente en las materias vinculadas con el comercio electrónico y la creación de la legislación especial de la materia y su reglamentación, se reconozca valor a las transacciones celebradas por medios electrónicos garantizando que un documento que conste en soporte electrónico tenga el mismo valor en juicio que aquel presentado en soporte papel, que se acepte como medio probatorio, aquel que conste en formato electrónico, el cual deberá ser analizado con base a las reglas de la sana crítica, por ser éste el sistema que mejor concuerda con la especialidad de la figura, todo ello con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la legalidad a los sujetos participantes en este tipo de relación.

3. Que se lleven a cabo cursos de capacitación a profesionales vinculados con este tipo de transacciones (abogados, ingenieros o licenciados en sistemas informáticos, ingenieros electrónicos, en telecomunicaciones, etc.), en cuanto a los aspectos jurídicos y técnicos que engloba el comercio electrónico, con la finalidad de que puedan ser éstos acreditados como peritos técnicos y puedan colaborar así a dirimir conflictos en la esfera judicial.
4. Que ambas Instituciones faciliten el acceso a documentos relativos a esta materia, amplíen sus bases de datos con bibliografía moderna y especializada en la materia, cuenten con jurisprudencia internacional, realicen jornadas educativas

para estudiantes y profesionales interesados en el ámbito del comercio electrónico, todo con la finalidad de propiciar la participación del sector justicia en la nueva sociedad de la información.

C) A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR:

1. Que fomente y facilite el desarrollo de investigaciones vinculadas con el comercio electrónico, sin importar el sector académico o el área en la que se desarrolle el estudio, con el fin que se convierta en un sujeto activo, que pueda participar en la toma de decisiones vinculadas a la implementación, desarrollo y fomento de tal actividad en el país, proporcionando las conclusiones a las que lleguen tales investigaciones a las entidades correspondientes y haciendo públicos los resultados obtenidos, facilitando con esto el avance y la confiabilidad en dicha actividad.
2. Que se suscriban convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas que tengan a su cargo el desarrollo del comercio electrónico en el país, con el fin de que los estudiantes tengan la posibilidad de participar en conferencias, convenciones, ponencias, presentaciones de resultados, paneles de discusión y todas aquellas actividades con las que puedan acrecentar su cúmulo de conocimientos en la materia y que les permitan incorporarse activamente a la sociedad de la información en el país.
3. Que se busquen los medios para facilitar el acceso a estudiantes, docentes y profesionales egresados de la institución en programas de postgrado, prácticas profesionales o pasantías vinculadas con el comercio electrónico en los países

cuyas experiencias nacionales permitirían conocer a cabalidad el fenómeno, participar en la toma de decisiones y colaborar con la implementación de tal actividad en el país.

4. Que se incorpore al plan de estudios de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, el Curso de “Derecho Informático, Comercio Electrónico y Tecnologías de la Información”, en el que se desarrollen como contenidos básicos, los aspectos vinculados a esta rama del derecho, principios, características y aspectos normativos básicos del Comercio Electrónico, y finalmente, la regulación legal de las telecomunicaciones y tecnologías de la información.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. **ALESSANDRI**, Arturo, *Et. Al. Curso de Derecho Civil: Las fuentes de las obligaciones en particular*. Tomo IV. 2ª Edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1942.
2. **ALTMARK**, Daniel Ricardo. *Informática y Derecho, aportes a la doctrina internacional*. 3ª Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1987.
3. **AYALA**, Rodrigo. *Comercio Electrónico en El Salvador*. Gerencia de Proyectos EDI, DIESCO EAN El Salvador. Revista INFOTECH. 2º Trimestre. San Salvador. 2000.
4. **BAQUEIRO** Rojas, Edgar. *Diccionario Jurídico Temático: Derecho Civil Tomo I*. 1ª Edición. Ediciones OXFORD University Press. México D.F. 2000.
5. **BARRIUSO** Ruíz, Carlos. *La Contratación Electrónica*. 2ª Edición. Editorial Dykinson. Madrid. 2002.
6. **BIDART** Campos, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I. 3ª Edición. Editorial Porrúa. Buenos Aires.
7. **CABANELLAS**, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 12ª Edición. Editorial Heliasta. S.R.L. Buenos Aires. 1942.

8. **CASTILLO** Freyre, Mario. *Las doctrinas tradicionales frente a la contratación computarizada, análisis al funcionamiento de las doctrinas tradicionales sobre consentimiento, nulidad, anulabilidad y disentimiento en los contratos celebrados a través de medios informáticos*. 1ª Edición. Fondo Editorial. Lima. 1996.
9. **CUBILLOS** Velandía, Ramiro *Et. Al. Introducción jurídica al comercio electrónico*. 1ª Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.. Medellín. 2002.
10. **DAVARA** Rodríguez, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. 1ª Edición. Ediciones Aranzandi. Madrid. 1997.
11. **DUCCI**, Carlos. *Interpretación Jurídica*. 3ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1997.
12. **FORMISANO** Prada, Maritza *Et. Al. Aproximación a los vacíos legales en el contrato de compraventa on line*. Documento del III Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Cámara de Comercio de Bogotá. Santa Fé de Bogotá. 1998.
13. **GARRIGUES**, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 9ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F. 1998.
14. **GÓMEZ** Laplaza, Manuel. *Comentarios al Código Civil español y*

compilaciones forales. Tomo XVIII. 12ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1993.

15. **GRAHAM**, James. *Análisis sobre la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y el Comercio Electrónico*. Facultad Libre de Derecho de Monterrey. Nuevo León. 1999.
16. **GUTIÉRREZ** Morán, Rodrigo. *Algunas consideraciones sobre los sistemas de pago electrónicos*. S.E., S.F.
17. **HERRERA** Bravo, Rodolfo *Et. Al. Derecho Informático*. 1ª Edición. Editorial La Ley. Santiago de Chile. 1998.
18. *Informe de la Organización de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico y Desarrollo del año 2001*.
19. *Introduction to Electronic Commerce a Handbook for Business*. Departamento de Defensa de los Estados Unidos de Norteamérica. 1999.
20. **JIJENA** Leiva, Renato Javier. *Recomendaciones generales de modificaciones a la legislación salvadoreña a la luz del contexto jurídico del Comercio Electrónico. Síntesis de propuestas*. San Salvador. 2000.
21. **LORENZETTI**, Ricardo. *Comercio Electrónico*. 1ª Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2001.

22. **MARTÍNEZ** Nadal, Apollonia. *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*. 3ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 2001.
23. **OBANDO**, Juan José. *Los contratos electrónicos y digitales*. S.E., San José. 2002.
24. **PFAFFENBERGER**, Bryan. *Diccionario de Términos de Computación*. 1ª Edición. Editorial Prentice Hall. México D.F. 1999.
25. **SARRA**, Andrea Viviana. *Comercio Electrónico y Derecho*. 1ª Edición. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 2001.

TESIS

1. **AGUILAR** Cabrera, Haydee Patricia. *Et. Al. La importancia del Comercio Electrónico para la realización de negocios en la empresa salvadoreña*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Economía. Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. El Salvador. 2001.
2. **CARVAJAL** Sánchez, Bernardo Andrés. *Algunos aspectos jurídicos relevantes del comercio electrónico. Aproximación a las necesidades jurídicas de sus agentes económicos*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 2000.
3. **CORTEZ** Chávez, Carla Florence Geraldine *Et. Al. Relaciones contractuales por Internet en la normativa salvadoreña*. Tesis para optar al grado de

Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. El Salvador. 2001.

4. **FLORES** Cárcamo, Erick Roberto *Et. Al. Efectos jurídicos generales por la falta de normativa legal expresa que regula la compraventa mercantil por medios electrónicos*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2003.
5. **NAJARRO**, Kenelma Berenice *Et. Al. Comercio Electrónico y su implicación en las transformaciones económicas y tecnológicas de los países en desarrollo, período 2000 – 2002*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Relaciones Internacionales. Universidad de El Salvador. 2002.
6. **SARAVIA**, Ana Esperanza. *La oferta de servicios de Internet en El Salvador, su importancia y relevancia en el manejo de información general*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Administración de Empresas. Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”. El Salvador. 1999.

LEGISLACIÓN

1. *Constitución de la República de El Salvador*.
2. *Código de Bustamante*.
3. *Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889*.

4. *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.*
5. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio Electrónico y su incorporación al derecho interno.*
6. *Código Civil.*
7. *Código de Familia.*
8. *Código de Procedimientos Civiles.*
9. *Código de Comercio.*
10. *Ley de Protección al Consumidor.*
11. *Ley de Procedimientos Mercantiles.*
12. *Ley de Bancos.*
13. *Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores.*
14. *Ley del Mercado de Valores.*
15. *Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta.*

16. *Código Procesal Penal.*

17. *Ley contra el lavado de dinero y activos.*

18. *Ley de Simplificación Aduanera.*

19. *Ley 527 del 18 de agosto de 1999. Ley de Comercio Electrónico de la República de Colombia.*

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. www.alfa-redi.com

2. www.vlex.com

3. www.derecho.org

4. www.monografias.com

5. www.onu.org

6. www.unctad.org

7. www.sociedaddigital.org

8. www.svnet.org.sv

9. www.iadb.org/intal
10. www.findlaw.com
11. www.cli.org/emdraft.html
12. www.state.mn.us
13. www.jmls.edu/cyber/index/juns1.html
14. www.gandhi.edu.uy/gateway/n002b.html
15. www.virtualaw.com/e-law.htm#othere-lawtopics
16. www.gcase.org/gcase.org-ecommerce.html
17. www.pce.org.pe/contraelec.htm
18. www.onnet.es
19. www.commercenet.org
20. www.ctv.es/users/mpg/comercio.html
21. www.3w3search.com/edu/merc/es/gmerc038.html

22. www.fcc.gov

23. www.mailweb.udlap.mx

24. www.fenwick.com/pub/shrinkwrap.html

ANEXOS

ANEXO UNO

“Siglas y Abreviaturas utilizadas”

ANEXO NÚMERO UNO
SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

AOL	America on Line.
ARPANET	Advanced Research Project Agency Network.
Art.	Artículo.
AT&T	American Telephone & Telegraph.
B2B	Business to Business.
B2C	Business to Consumer.
B2G	Business to Government.
C.	Código Civil.
C2C	Consumer to Consumer.
CCTLD	Country Code Top Level Domain.
CD	Compact Disc.
CE	Certificado Electrónico.
Cn.	Constitución de la República de El Salvador.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
Com.	Código de Comercio.
CONACYT	Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.
DE	Documento Electrónico.
DES	Data Encryption Standard.
DGRA	Dirección General de Renta de Aduanas.
DNS	Domain Name System

EDI	Electronic Data Interchange.
EFT	Electronic Found Transference.
FD	Firma Digital.
G2C	Government to Consumer.
HTML	Hyper Text Markup Language.
IANA	Internet Assigned Numbers Authority.
IEA	International Encryption Algorhythm.
IFD	Infraestructura de Firma Digital.
Inc.	Inciso.
INTERNIC	Internet Network Information Center.
IP	Internet Protocol.
IT	Information Technology.
Lit.	Literal.
MAC	Messages Authentication Code.
MD	Mensaje de Datos.
PKCS	Public Key Close System.
RSA	Rivest, Shamir y Adelman Criptosistema.
UNCTAD	United Nations Commission for Trade and Development.
WWW	World Wide Web.
XML	Extensive Markup Language.

ANEXO DOS

**“Estadística de usuarios de Internet en
El Salvador”**

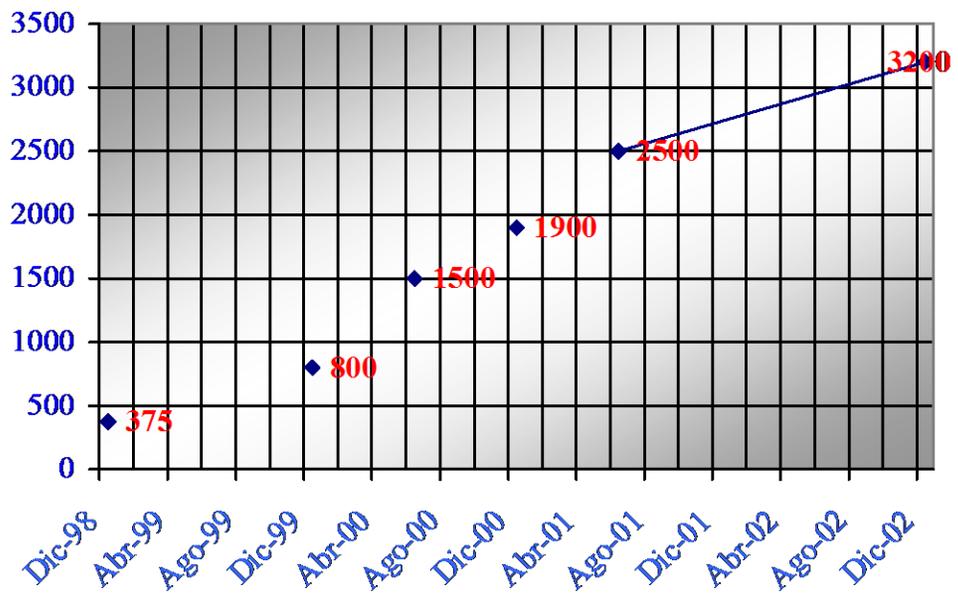
ANEXO NÚMERO DOS
ESTADÍSTICA DE USUARIOS DE INTERNET EN EL SALVADOR

PERÍODO	NOMBRES CON DOMINIO SV	PÁGINAS SV	USUARIOS CONMUTADOS	PROVEEDORES DE SERVICIOS
DICIEMBRE 1998	375	5000	15000	13
DICIEMBRE 1999	800	25000	No definido	15
JULIO 2000	1500	45000	No definido	No definido
DICIEMBRE 2000	1900	600000	50000	20
JUNIO 2001	2500	No definido	No definido	No definido
DICIEMBRE 2002	3200	No definido	83000	19

ANEXO TRES

**“Estadística de Nombres en Internet bajo el
dominio SV”**

ANEXO NÚMERO TRES
ESTADÍSTICA DE NOMBRES DE DOMINIO SV



ANEXO CUATRO

“Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno”

**LEY MODELO DE LA CNUDMI
SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO
CON LA GUÍA PARA SU INCORPORACIÓN
AL DERECHO INTERNO
1996**

**con la adición del Artículo 5 bis en la forma aprobada en 1998
NACIONES UNIDAS**

ÍNDICE

RESOLUCIÓN 51/162 DE LA ASAMBLEA GENERAL DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Primera parte. Comercio electrónico en general

Capítulo I. Disposiciones generales

- Artículo 1. Ámbito de aplicación
- Artículo 2. Definiciones
- Artículo 3. Interpretación
- Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

Capítulo II. Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

- Artículo 5. Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos
- Artículo 5 bis. Incorporación por remisión
- Artículo 6. Escrito
- Artículo 7. Firma
- Artículo 8. Original
- Artículo 9. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos
- Artículo 10. Conservación de los mensajes de datos

Capítulo III. Comunicación de los mensajes de datos

- Artículo 11. Formación y validez de los contratos
- Artículo 12. Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos
- Artículo 13. Atribución de los mensajes de datos
- Artículo 14. Acuse de recibo
- Artículo 15. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

Segunda parte. Comercio electrónico en materias específicas

Capítulo I. Transporte de mercancías

- Artículo 16. Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías
- Artículo 17. Documentos de transporte

GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO párrs. 1-150

Finalidad de la presente Guía párr. 1

I. Introducción a la Ley Modelo párrs. 2-23

- A. Objetivos párrs. 2-6
- B. Ámbito de aplicación párrs. 7-10
- C. Estructura párrs. 11-12
- D. Una ley "macro" que habrá de ser completada por un reglamento técnico párrs. 13-14
- E. Criterio del equivalente funcional párrs. 15-18
- F. Reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo párrs. 19-21
- G. Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI párrs. 22-23

Resolución aprobada por la Asamblea General

[sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/51/628)]

51/162. Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el mandato de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y de tener presente, a ese respecto, el interés de todos los pueblos, en particular el de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional,

Observando que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel,

Recordando la recomendación relativa al valor jurídico de los registros computadorizados aprobada por la Comisión en su 18º período de sesiones, celebrado en 1985,¹ y el inciso b) del párrafo 5 de la resolución 40/71 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1985, en la que la Asamblea pidió a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas acordes con las recomendaciones de la Comisión¹ a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional,

Convencida de que la elaboración de una ley modelo que facilite el uso del comercio electrónico y sea aceptable para Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes podría contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas,

Observando que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue aprobada por la Comisión en su 29º período de sesiones después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas,

Estimando que la aprobación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos en que carezcan de ella,

1. Expresa su agradecimiento a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber terminado y aprobado la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico que figura como anexo de la presente resolución y por haber preparado la Guía para la Promulgación de la Ley Modelo;
2. Recomienda que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;
3. Recomienda también que no se escatimen esfuerzos para velar por que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.

85a. sesión plenaria
16 de diciembre de 1996

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO **[Original: árabe, chino, español, francés, inglés, ruso]**

Primera parte. Comercio electrónico en general **Capítulo I. Disposiciones generales**

Artículo 1. Ámbito de aplicación*

La presente Ley** será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto***de actividades comerciales****.

* La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen limitar el ámbito de aplicación de la presente Ley a los mensajes de datos internacionales:
La presente Ley será aplicable a todo mensaje de datos que sea conforme a la definición del párrafo 1) del artículo 2 y que se refiera al comercio internacional.

** La presente ley no deroga ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor.

*** La Comisión sugiere el siguiente texto para los Estados que deseen ampliar el ámbito de aplicación de la presente Ley:

La presente Ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en las situaciones siguientes: [...].

**** 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 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.

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

- a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;
- b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto;
- c) Por "iniciador" de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él;
- d) Por "destinatario" de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él;
- e) Por "intermediario", en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él;
- f) Por "sistema de información" se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Artículo 3. Interpretación

- 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2) Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente Ley y que no estén expresamente resueltas en ella serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.

Artículo 4. Modificación mediante acuerdo

- 1) Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo.
- 2) Lo dispuesto en el párrafo 1) no afectará a ningún derecho de que gocen las partes para modificar de común acuerdo alguna norma jurídica a la que se haga referencia en el capítulo II.

Capítulo II. Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos

Artículo 5. 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.

Artículo 5 bis. Incorporación por remisión

(En la forma aprobada por la Comisión en su 31.º período de sesiones, en junio de 1998)

No se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión.

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 éste contiene es accesible para su ulterior consulta.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.
- 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 7. 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.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma.
 - 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

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.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original.
- 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.
- 4) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 9. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos

- 1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos:
 - a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o
 - b) Por razón 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.
- 2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado

la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Artículo 10. Conservación de los mensajes de datos

- 1) Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho mediante la conservación de los mensajes de datos, siempre que se cumplan las condiciones siguientes:
 - a) Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
y
 - b) Que el mensaje de datos sea conservado con el formato en que se haya generado, enviado o recibido o con algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida;
y
 - c) Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.
- 2) La obligación de conservar ciertos documentos, registros o informaciones conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) no será aplicable a aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje.
- 3) Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para observar el requisito mencionado en el párrafo 1), siempre que se cumplan las condiciones enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1).

Capítulo III. Comunicación de los mensajes de datos

Artículo 11. Formación y validez de los contratos

- 1) En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, 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.
- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 12. Reconocimiento por las partes de los mensajes de datos

- 1) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos.
- 2) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Artículo 13. Atribución de los mensajes de datos

- 1) Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador.

- 2) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado:
 - a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje; o
 - b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.
- 3) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y a actuar en consecuencia, cuando:
 - a) Para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin; o
 - b) 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.
- 4) El párrafo 3) no se aplicará:
 - a) A partir del momento en que el destinatario haya sido informado por el iniciador de que el mensaje de datos no provenía del iniciador y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia; o
 - b) En los casos previstos en el inciso b) del párrafo 3), desde el momento en que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos no provenía del iniciador.
- 5) 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, el destinatario tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá actuar 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 algún error en el mensaje de datos recibido.
- 6) El destinatario tendrá derecho a considerar que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos separado y a actuar en consecuencia, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el mensaje de datos era un duplicado.

Artículo 14. Acuse de recibo

- 1) Los párrafos 2) a 4) del presente artículo serán aplicables cuando, al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicite o acuerde con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos.

- 2) Cuando el iniciador no haya acordado con el destinatario que el acuse de recibo se dé en alguna forma determinada o utilizando un método determinado, se podrá acusar recibo mediante:
 - a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o
 - b) Todo acto del destinatario, que basten para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.
- 3) Cuando el iniciador haya 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 recibido el acuse de recibo.
- 4) Cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido o no se ha fijado o convenido ningún plazo, en un plazo razonable el iniciador:
 - a) Podrá dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y
 - b) De no recibirse acuse dentro del plazo fijado conforme al inciso a), podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pueda tener.
- 5) Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.
- 6) Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así.
- 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 o de su acuse de recibo.

Artículo 15. Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos

- 1) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador.
- 2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:
 - a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:
 - i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

- ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;
 - b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.
- 3) El párrafo 2) será aplicable aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje conforme al párrafo 4).
- 4) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:
 - a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;
 - b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.
- 5) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

Segunda parte. Comercio electrónico en materias específicas

Capítulo I. Transporte de mercancías

Artículo 16. Actos relacionados con los contratos de transporte de mercancías

Sin perjuicio de lo dispuesto en la parte I de la presente Ley, el presente capítulo será aplicable a cualquiera de los siguientes actos que guarde relación con un contrato de transporte de mercancías, o con su cumplimiento, sin que la lista sea exhaustiva:

- A)
 - i) indicación de las marcas, el número, la cantidad o el peso de las mercancías;
 - ii) declaración de la índole o el valor de las mercancías;
 - iii) emisión de un recibo por las mercancías;
 - iv) confirmación de haberse completado la carga de las mercancías;
- B)
 - i) notificación a alguna persona de las cláusulas y condiciones del contrato;
 - ii) comunicación de instrucciones al portador;
- C)
 - i) reclamación de la entrega de las mercancías;
 - ii) autorización para proceder a la entrega de las mercancías;

- iii) notificación de la pérdida de las mercancías o de los daños que hayan sufrido;
- D) cualquier otra notificación o declaración relativas al cumplimiento del contrato;
- E) promesa de hacer entrega de las mercancías a la persona designada o a una persona autorizada para reclamar esa entrega;
- F) concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías;
- G) adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato.

Artículo 17. Documentos de transporte

- 1) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 3), en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el artículo 16 se lleve a cabo por escrito o mediante un documento que conste de papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos.
- 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no se lleve a cabo el acto por escrito o mediante un documento.
- 3) Cuando se conceda algún derecho a una persona determinada y a ninguna otra, o ésta adquiera alguna obligación, y la ley requiera que, para que ese acto surta efecto, el derecho o la obligación hayan de transferirse a esa persona mediante el envío, o la utilización, de un documento, ese requisito quedará satisfecho si el derecho o la obligación se transfiere mediante la utilización de uno o más mensajes de datos, siempre que se emplee un método fiable para garantizar la singularidad de ese mensaje o esos mensajes de datos.
- 4) Para los fines del párrafo 3), el nivel de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se transfirió el derecho o la obligación y de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.
- 5) Cuando se utilicen uno o más mensajes de datos para llevar a cabo alguno de los actos enunciados en los incisos f) y g) del artículo 16, no será válido ningún documento utilizado para llevar a cabo cualquiera de esos actos, a menos que se haya puesto fin al uso de mensajes de datos para sustituirlo por el de documentos. Todo documento que se emita en esas circunstancias deberá contener una declaración a tal efecto. La sustitución de mensajes de datos por documentos no afectará a los derechos ni a las obligaciones de las partes.
- 6) Cuando se aplique obligatoriamente una norma jurídica a un contrato de transporte de mercancías que esté consignado, o del que se haya dejado constancia, en un documento, esa norma no dejará de aplicarse a un contrato de transporte de mercancías del que se haya dejado constancia en uno o más mensajes de datos por razón de que el contrato conste en ese mensaje o esos mensajes de datos en lugar de constar en un documento.
- 7) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

GUÍA PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

FINALIDAD DE LA PRESENTE GUÍA

1. Al preparar y dar su aprobación a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (denominada en adelante "la Ley Modelo"), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tuvo presente 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. La Comisión era además consciente de la probabilidad de que la Ley Modelo fuera aplicada por algunos Estados poco familiarizados con las técnicas de comunicación reguladas en la Ley Modelo. La presente guía, que en gran parte está inspirada en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, servirá también para orientar a los usuarios de los medios electrónicos de comunicación en los aspectos jurídicos de su empleo, así como a los estudiosos en la materia. En la preparación de la Ley Modelo se partió del supuesto de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la Ley Modelo sino en la Guía que había de orientar a los Estados en la incorporación de su régimen al derecho interno. En la información presentada en la Guía se explica cómo las disposiciones incluidas en la Ley Modelo enuncian los rasgos mínimos esenciales de toda norma legal destinada a lograr los objetivos de la Ley Modelo. Esa información puede también ayudar a los Estados a determinar si existe alguna disposición de la Ley Modelo que tal vez convenga modificar en razón de alguna circunstancia nacional particular.

I. INTRODUCCIÓN A LA LEY MODELO

A. Objetivos

2. El recurso a los modernos medios de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la INTERNET y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica. No obstante, la comunicación de datos de cierta trascendencia jurídica en forma de mensajes sin soporte de papel pudiera verse obstaculizada por ciertos impedimentos legales al empleo de mensajes electrónicos, o por la incertidumbre que pudiera haber sobre la validez o eficacia jurídica de esos mensajes. 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 de esos obstáculos jurídicos 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". Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones

contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico.

3. La decisión de la CNUDMI de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico se debe a que el régimen aplicable en ciertos países a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto en ese régimen las modalidades propias del comercio electrónico. En algunos casos, la legislación vigente impone o supone restricciones al empleo de los modernos medios de comunicación, por ejemplo, por haberse prescrito el empleo de documentos "originales", "manuscritos" o "firmados". Si bien unos cuantos países han adoptado reglas especiales para regular determinados aspectos del comercio electrónico, se hace sentir en todas partes la ausencia de un régimen general del comercio electrónico. De ello puede resultar incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en otra forma que no sea la de un documento tradicional sobre papel. Además, la necesidad de un marco legal seguro y de prácticas eficientes se hace sentir no sólo en aquellos países en los que se está difundiendo el empleo del EDI y del correo electrónico sino también en otros muchos países en los que se ha difundido el empleo del fax, el télex y otras técnicas de comunicación parecidas.

4. Además, la Ley Modelo puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho de que un régimen legal interno inadecuado puede obstaculizar el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de la utilización de las modernas técnicas de comunicación. La diversidad de los regímenes internos aplicables a esas técnicas de comunicación y la incertidumbre a que dará lugar esa disparidad pueden contribuir a limitar el acceso de las empresas a los mercados internacionales.

5. Además, la Ley Modelo puede resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes en esos instrumentos internacionales dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.

6. Los objetivos de la Ley Modelo, entre los que figuran el de permitir o facilitar el empleo del comercio electrónico y el de conceder igualdad de trato a los usuarios de mensajes consignados sobre un soporte informático que a los usuarios de la documentación consignada sobre papel, son esenciales para promover la economía y la eficiencia del comercio internacional. Al incorporar a su derecho interno los procedimientos prescritos por la Ley Modelo para todo supuesto en el que las partes

opten por emplear medios electrónicos de comunicación, un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.

B. Ámbito de aplicación

7. El título de la Ley Modelo habla de "comercio electrónico". Si bien en el artículo 2 se da una definición del "intercambio electrónico de datos (EDI)", la Ley Modelo no especifica lo que se entiende por "comercio electrónico". Al preparar la Ley Modelo, la Comisión decidió que, al ocuparse del tema que tenía ante sí, se atendería a una concepción amplia del EDI que abarcara toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podrían designarse por el amplio término de "comercio electrónico" (véase A/CN.9/360, párrs. 28 y 29), aunque otros términos descriptivos sirvieran igual de bien. Entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de "comercio electrónico" cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la INTERNET. Se señaló también que, en algunos casos, la noción de "comercio electrónico" sería utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax.

8. 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. Todos estos supuestos están previstos por la Ley Modelo, que responde así a la necesidad en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico de poder contar con un régimen coherente que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. 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.

9. Los objetivos de la Ley Modelo serán mejor logrados cuanto mayor sea su aplicación. Por ello, aun cuando la Ley Modelo prevé la posibilidad de que se excluyan ciertos

supuestos del ámbito de aplicación de los artículos 6, 7, 8, 11, 12, 15 y 17, todo Estado que adopte su régimen podrá decidir no imponer en su derecho interno ninguna restricción importante al ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

10. Cabe considerar a la Ley Modelo como un régimen especial bien definido y equilibrado que se recomienda incorporar al derecho interno en forma de norma unitaria de rango legal. Ahora bien, según cuál sea la situación interna de cada Estado, procederá incorporar el régimen de la Ley Modelo en una o en varias normas de rango legal (véase más adelante, el párr. 143).

C. Estructura

11. La Ley Modelo está dividida en dos partes, la primera regula el comercio electrónico en general y la segunda regula el empleo de ese comercio en determinadas ramas de actividad comercial. Cabe señalar que la segunda parte de la Ley Modelo, que se ocupa del comercio electrónico en determinadas esferas consta únicamente del capítulo I dedicado a la utilización del comercio electrónico en el transporte de mercancías. En el futuro tal vez sea preciso regular otras ramas particulares del comercio electrónico, por lo que se ha de considerar a la Ley Modelo como un instrumento abierto destinado a ser complementado por futuras adiciones.

12. La CNUDMI tiene previsto mantenerse al corriente de los avances técnicos, jurídicos y comerciales que se produzcan en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. De juzgarlo aconsejable, la Comisión podría decidir introducir nuevas disposiciones modelo en el texto de la Ley Modelo o modificar alguna de las disposiciones actuales.

D. Una ley "marco" que habrá de ser completada por un reglamento técnico

13. La Ley Modelo tiene por objeto enunciar los procedimientos y principios básicos para facilitar el empleo de las técnicas modernas de comunicación para consignar y comunicar información en diversos tipos de circunstancias. No obstante, se trata de una ley "marco" que no enuncia por sí sola todas las reglas necesarias para aplicar esas técnicas de comunicación en la práctica. Además, la Ley Modelo no tiene por objeto regular todos los pormenores del empleo del comercio electrónico. Por consiguiente, el Estado promulgante tal vez desee dictar un reglamento para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo a la luz de las circunstancias peculiares y posiblemente variables de ese Estado, pero sin merma de los objetivos de la Ley Modelo. Se recomienda que todo Estado, que decida reglamentar más en detalle el empleo de estas técnicas, procure no perder de vista la necesidad de mantener la encomiable flexibilidad del régimen de la Ley Modelo.

14. Cabe señalar que, además de plantear cuestiones de procedimiento que tal vez hayan de ser resueltas en el reglamento técnico de aplicación de la ley, las técnicas para consignar y comunicar información consideradas en la Ley Modelo pueden plantear ciertas cuestiones jurídicas cuya solución no ha de buscarse en la Ley Modelo, sino más

bien en otras normas de derecho interno, como serían las normas eventualmente aplicables de derecho administrativo, contractual, penal o procesal, las cuales quedan fuera del ámbito asignado a la Ley Modelo.

E. Criterio del "equivalente funcional"

15. 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. Este criterio se sigue en varios instrumentos legales existentes, como en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se señaló que la Ley Modelo debería permitir a los Estados adaptar su legislación en función de los avances técnicos de las comunicaciones aplicables al derecho mercantil, sin necesidad de eliminar por completo el requisito de un escrito ni de trastocar los conceptos y planteamientos jurídicos en que se basa dicho requisito. Se dijo, al mismo tiempo, que la observancia de este requisito por medios electrónicos requeriría en algunos casos una reforma de la normativa aplicable al respecto, que tuviera en cuenta una, en particular, de las muchas distinciones entre un documento consignado sobre papel y un mensaje EDI, a saber, que el documento de papel es legible para el ojo humano y el mensaje EDI no lo es, de no ser ese mensaje consignado sobre papel o mostrado en pantalla.

16. 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. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

17. 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. Por ejemplo, el requisito de que los datos se presenten por escrito (que suele constituir un "requisito mínimo") no debe ser confundido con otros requisitos más estrictos como el de "escrito firmado", "original firmado" o "acto jurídico autenticado".

18. 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. Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del equivalente funcional respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10 de los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos.

F. Reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo

19. La decisión de emprender la preparación de la Ley Modelo está basada en el reconocimiento de que, en la práctica, la solución de la mayoría de las dificultades jurídicas suscitadas por el empleo de los modernos medios de comunicación suele buscarse por vía contractual. La Ley Modelo enuncia en el artículo 4 el principio de la autonomía de las partes respecto de las disposiciones del capítulo III de la primera parte. El capítulo III incorpora ciertas reglas que aparecen muy a menudo en acuerdos concertados entre las partes, por ejemplo, en acuerdos de intercambio de comunicaciones o en el "reglamento de un sistema de información" o red de comunicaciones. Conviene tener presente que la noción de "reglamento de un sistema" puede abarcar dos tipos de reglas, a saber, las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y las reglas especiales que puedan ser incorporadas a esas condiciones generales para regular la relación bilateral entre ciertos iniciadores y destinatarios de mensajes de datos. El artículo 4 (y la noción de "acuerdo" en él mencionada) tiene por objeto abarcar ambos tipos de reglas.

20. Las reglas enunciadas en el capítulo III de la primera parte pueden servir de punto de partida a las partes cuando vayan a concertar esos acuerdos. Pueden también servir para colmar las lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales. Además, cabe

considerar que esas reglas fijan una norma de conducta mínima para el intercambio de mensajes de datos en casos en los que no se haya concertado acuerdo alguno para el intercambio de comunicaciones entre las partes, por ejemplo, en el marco de redes de comunicación abiertas.

21. Las disposiciones que figuran en el capítulo II de la primera parte son de distinta naturaleza. Una de las principales finalidades de la Ley Modelo es facilitar el empleo de las técnicas de comunicación modernas, dotando al empleo de dichas técnicas de la certeza requerida por el comercio cuando la normativa por lo demás aplicable cree obstáculos a dicho empleo o sea fuente de incertidumbres que no puedan eliminarse mediante estipulaciones contractuales. Las disposiciones del capítulo II pueden, en cierta medida, considerarse como un conjunto de excepciones al régimen tradicionalmente aplicable a la forma de las operaciones jurídicas. Ese régimen tradicional acostumbra a ser de carácter imperativo, por reflejar, en general, decisiones inspiradas en principios de orden público interno. Debe considerarse que las reglas enunciadas en el capítulo II expresan el "mínimo aceptable" en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, por lo que deberán ser tenidas por imperativas, salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario. El hecho de que esos requisitos de forma deban ser considerados como el "mínimo aceptable" no debe, sin embargo, ser entendido como una invitación a establecer requisitos más estrictos que los enunciados en la Ley Modelo.

G. Asistencia de la Secretaría de la CNUDMI

22. En el marco de sus actividades de formación y asistencia, la secretaría de la CNUDMI podrá organizar consultas técnicas para las autoridades públicas que estén preparando alguna norma legal basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, o en alguna otra ley modelo de la CNUDMI, o que estén considerando dar su adhesión a algún convenio de derecho mercantil internacional preparado por la CNUDMI.

23. Puede pedirse a la secretaría, cuya dirección se indica a continuación, más información acerca de la Ley Modelo, así como sobre la Guía y sobre otras leyes modelos y convenios preparados por la CNUDMI. La secretaría agradecerá cualquier observación que reciba sobre la Ley Modelo y la Guía, así como sobre la promulgación de cualquier norma legal basada en la Ley Modelo.

Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional
Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas
Centro Internacional de Viena, Apartado Postal 500
A-1400, Viena, Austria
Teléfono: (43-1) 26060-4060 ó 4061
Fax: (43-1) 26060-5813 ó (43-1) 263 3389
Télex: 135612 uno a
Correo-e: uncitral@unov.un.or.at
Dirección de Internet: <http://www.un.or.at/uncitral>

ANEXO CINCO

“Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno del Régimen Uniforme de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para las Firmas Electrónicas”

ANEXO SEIS

**“Convención de las Naciones Unidas sobre los
Contratos de Compraventa Internacional de
Mercaderías, Viena 1980”**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Nombre : CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE
COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Materia : Economía

Naturaleza :

Tipo / Documento : Convención Multilateral

Reserva : No

Organismo Internacional de Origen ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Fecha de: 02/06/1999

Fecha de Ratificación : 18/11/1999

Diario Oficial : 239

Tomo : 345

Publicación DO : 22/12/1999

Modificaciones :

Comentarios : LA PRESENTE CONVENCIÓN HA SIDO CELEBRADA CON EL FIN DE ESTABLECER UN NUEVO ORDEN ECONÓMICO INTERNACIONAL, A TRAVÉS DE LA ADOPCIÓN DE NORMAS UNIFORMES APLICABLES A LOS CONTRATOS DE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS EN LA QUE SE TENGA EN CUENTA LOS DIFERENTES SISTEMAS SOCIALES, ECONÓMICOS Y JURÍDICOS, PARA CONTRIBUIR ASÍ A LA SUPRESIÓN DE LOS OBSTÁCULOS JURÍDICOS CON QUE TROPIEZA EL COMERCIO INTERNACIONAL. Fecha de Adhesión: 2 de junio de 1999, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 346, del 15 de febrero de 2000.- L.B.

Actualizado: Si

Confrontado:

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

LOS ESTADOS PARTES EN LA PRESENTE CONVENCIÓN,

TENIENDO EN CUENTA los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional.

CONSIDERANDO que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

ESTIMANDO que la adopción de normas uniforme aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional,

HAN CONVENIDO en lo siguiente:

PARTE I

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes:

a) cuando estos Estados sean Estados Contratantes; o

b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

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

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban

para ese uso;

b) en subastas;

c) judiciales;

d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;

e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;

f) de electricidad.

Artículo 3

1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Artículo 4

La presente convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en el contrato de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;

b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Artículo 6

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.

Capítulo II

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 8

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cual era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) 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.

Artículo 10

A los efectos de la presente Convención:

a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;

b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 11

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.

Artículo 12

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 13

A los efectos de la presente Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex.

PARTE II

FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 15

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 16

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:

a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al oferente.

Artículo 18

1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación.

2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 19

1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.

2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y a la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20

1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.

2) Los días feriados oficiales o no laborales no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiese ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar de establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 21

1) la aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario a lo envía una comunicación en tal sentido.

2) Si la carta u otra comunicación por escrito que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario de que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes de que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23

El contacto se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente convención.

Artículo 24

A los efectos de esta parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III

COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del

contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no la hubiera previsto en igual situación.

Artículo 26

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte.

Artículo 27

Salvo disposición expresa en contrario de esta parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Artículo 28

Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 29

1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.

2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

Artículo 30

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

Sección I. Entrega de las mercaderías y de los documentos

Artículos 31

Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá:

- a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;
- b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;
- c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato

Artículo 32

- 1) Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.
- 2) El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.
- 3) El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información disponible que sea necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 33

El vendedor deberá entregar las mercaderías:

- a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o

b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o

c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 34

El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Sección II. Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros

Artículo 35

1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya entidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercancías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente,

de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 36

1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo se manifiesta después de ese momento.

2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías surgirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

Artículo 37

En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que en el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 38

1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino.

3) Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.

Artículo 39

1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo

comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

2) En todo caso, el comprador perderá el derecho de invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

Artículo 40

El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador.

Artículo 41

El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.

Artículo 42

1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) en virtud de la ley del estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

Artículo 43

1) El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.

2) El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Artículo 44

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 39 y en el párrafo 1) del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor

Artículo 45

1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;

b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 46

1) El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 47

1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 48

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2) Si el vendedor pide al comprador que la haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se

presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.

4) La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 49

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega;

b) en caso de incumplimiento distinto en la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o

iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Artículo 50

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que

habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.

Artículo 51

- 1) Si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.
- 2) El comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad solo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

Artículo 52

- 1) Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción.
- 2) Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar la recepción de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente, deberá pagarla al precio del contrato.

Capítulo III

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

Sección I. Pago del precio

Artículo 54

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

Artículo 55

Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, venidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 56

Cuando el precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 57

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio de otro lugar determinado, deberá pagarlo el vendedor:

a) en el establecimiento del vendedor; o

b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega.

2) El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 58

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.

3) El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de

examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

Artículo 59

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

Sección II. Recepción

Artículo 60

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
- b) en hacerse cargo de las mercaderías.

Sección III. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador

Artículo 61

1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:

- a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65;
- b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.

3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 62

El vendedor podrá exigir al comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que

cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 63

1) El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.

2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 64

1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) si el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63 o si declara que no lo habrá dentro del plazo así fijado.

2) No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o

b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable:

i) después de que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 65

1) Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.

2) El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esa posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

Capítulo IV

TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Artículo 66

La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67

1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69

1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

Capítulo V

DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

Sección I. Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas

Artículo 71

1) Cualquiera de las partes podrá deferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o

b) su comportamiento al disponerse a cumplir a al cumplir el contrato.

2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder el cumplimiento si esa es otra parte de seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Artículo 72

1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 73

1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable.

3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por

razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

Sección II. Indemnización de daños y perjuicios

Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Artículo 76

1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme el artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera hacerse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en el lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante,

resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

Sección III. Intereses

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Sección IV. Exoneración

Artículo 79

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la

presente Convención.

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

Sección V. Efectos de la resolución

Artículo 81

1) La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

2) La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 82

1) El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido.

2) El párrafo precedente no se aplicará:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquél que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38, o

c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal.

Artículo 83

El comprador que haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, conforme al artículo 82, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención.

Artículo 84

1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas;

a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.

Sección VI. Conservación de las mercaderías

Artículo 85

Si el comprador se demora en la recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

Artículo 86

1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de éste en el

lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquél esté presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente.

Artículo 87

La parte que esté obligada a adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos.

Artículo 88

1) La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u 86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.

2) Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.

3) La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte.

PARTE IV

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 89

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 90

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que no rigen por la presente

Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo 91

- 1) La presente Convención estará abierta a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de septiembre de 1981.
- 2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios.
- 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.
- 4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 92

- 1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.
- 2) Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto a la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención respecto a las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración.

Artículo 93

- 1) Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento su declaración mediante otra declaración.
- 2) Esas declaraciones serán notificadas al depositarlo y en ellas se hará constar expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.

4) Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme al párrafo 1) de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 94

1) Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

2) Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados, no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados.

3) Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1) desde la fecha en la que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante, siempre que el nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco.

Artículo 95

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.

Artículo 96

El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación

de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 97

1) Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

2) Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.

3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 94 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.

4) Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación formal hecha por escrito al depositario. Este retiro sufrirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

5) El retiro de una declaración hecha conforme al artículo 94 hará ineficaz, a partir de la fecha en que se surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproco hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 98

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 99

1) la presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.

2) Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la Parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aceptación, aprobación o adhesión.

3) Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que sea parte en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la formación, de 1964) o en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1° de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la venta de 1964), o en ambas Convenciones, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o ambas Convenciones, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

4) Todo Estado parte de la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará en el momento la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

5) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

6) A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer, en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones hayan surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto.

Artículo 100

1) La presente Convención se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1, o respecto

del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.

2) La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1, o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.

Artículo 101

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés, y ruso son igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

Vista la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual consta de Un Preámbulo y Ciento Un Artículos, Hecho en Viena, el 11 de abril de 1980, a la cual el Gobierno de la República de El Salvador se Adhirió por medio de Acuerdo Ejecutivo No. 553 de fecha 2 de junio del corriente año; el Organismo Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, ACUERDA: a) Aprobarla en todas sus partes y b) Someterla a consideración de la Honorable Asamblea Legislativa para que si lo tiene a bien se sirva otorgarle su ratificación. COMUNÍQUESE.- La Ministra de Relaciones Exteriores, Brizuela de Avila.

DECRETO No. 759.-

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I.- Que al Gobierno de la República de El Salvador se adhirió por medio del Acuerdo Ejecutivo No. 553 de fecha 2 de junio del corriente año a la Convención de las Naciones Unidas sobre los

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980, la cual consta de Un Preámbulo y Ciento Un Artículos;

II.- Que es necesario contribuir a la suspensión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional ya que éste constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados Miembros de la Convención de las Naciones Unidas;

III.- Que el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores, aprobó este Instrumento, por medio del Acuerdo No. 554 de fecha 2 de junio de 1999 y no contiene ninguna disposición contraria a la Constitución, por lo que es procedente su ratificación;

PORTANTO,

en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Relaciones Exteriores y de conformidad al Art. 131 ordinal 7° de la Constitución, en relación con el Art. 168 ordinal 4° de la misma,

DECRETA:

Art. 1.- Ratifícase en todas sus partes la "Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías" a la cual se adhirió el Gobierno de la República de El Salvador por medio del Acuerdo Ejecutivo No. 553 de fecha 2 de junio del corriente año, la cual consta de Un Preámbulo y Ciento Un Artículos, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980, aprobada por el Órgano Ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores a través del Acuerdo No. 554 de fecha 2 de junio de 1999.

Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia desde el día de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los dieciocho días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

JUAN DUCH MARTINEZ,
PRESIDENTE,

GERSON MARTINEZ, CIRO CRUZ ZEPEDA,
PRIMER VICEPRESIDENTE. SEGUNDO VECEPRESIDENTE.

RONAL UMAÑA, NORMA FIDELIA GUEVARA DE RAMIROS,
TERCER VICEPRESIDENTE, CUARTA VICEPRESIDENTA.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA, JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
PRIMER SECRETARIO. SEGUNDO SECRETARIO.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA, GERARDO ANTONIO SUVILLAGA GARCIA,
TERCER SECRETARIO. CUARTO SECRETARIO.

ELVIA VIOLETA MENJIVAR, JORGE ALBERTO VILLACORTAMUÑOZ,
QUINTA SECRETARIA. SEXTO SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los veinticinco días del mes de noviembre de mil
novecientos noventa y nueve.

PUBLÍQUESE,

FRANCISCO GUILLERMO FLORES PÉREZ,
Presidente de la República.

MARIA EUGENIA BRIZUELA DE AVILA,
Ministra de Relaciones Exteriores.

D.L. N° 759, del 18 de noviembre de 1999, publicado en el D.O. No. 239, Tomo 345, del 22 de
diciembre de 1999.

Fecha de Adhesión: 2 de junio de 1999, publicado en el D.O. N° 32, Tomo 346, del 15 de
febrero de 2000

ANEXO SIETE

“Anteproyecto de Convención sobre contratos celebrados o probados por mensajes de datos”

ANEXO OCHO

“Ley de Anotaciones Electrónicas de Valores en Cuenta de El Salvador”



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR
CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL

LEGISLACIÓN

Nombre: **LEY DE ANOTACIONES ELECTRÓNICAS DE VALORES EN CUENTA**

Materia: **Bancaria**

Origen: **ORGANO LEGISLATIVO**

Naturaleza : **Decreto Legislativo**

Nº: **742**

D. Oficial: **57**

Tomo: **354**

Categoría: **Derecho Bancario**

Estado: **VIGENTE**

Fecha: **21/02/2002**

Publicación DO: **22/03/2002**

Comentarios: La presente Ley ha sido incorporada al ordenamiento jurídico para garantizar a los ciudadanos bajo una perspectiva constitucional la libre contratación con las bolsas de valores y las centrales de depósitos y custodia de valores, así como para garantizar a las instituciones legalmente autorizadas la realización de dichas operaciones, concediéndoles por medio del presente cuerpo normativo la herramientas jurídicas necesarias que les permita de forma segura y eficiente, insertarse en el proceso de globalización de los mercados financieros internacionales, a través de la modernización de la forma de representación de valores tradicional, permitiéndoles así ofrecer una mayor proyección ante los inversionistas nacionales y extranjeros.

DECRETO No. 742

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I. Que para modernizar el mercado de valores en El Salvador y lograr una mayor proyección ante los inversionistas salvadoreños y extranjeros, es indispensable que opere con base en leyes y sistemas tecnológicos avanzados;
- II. Que a fin de darle continuidad al proceso de desarrollo de nuestro mercado de valores, es necesaria su inserción en el proceso de globalización de los mercados financieros internacionales;
- III. Que las bolsas de valores y las centrales de depósito y custodia de valores para poder operar eficientemente y con seguridad, deben pasar del sistema tradicional de negociación de valores representados mediante papel, a formas de representación de valores por medios electrónicos;
- IV. Que en la Ley del Mercado de Valores existe regulación mínima sobre las mencionadas operaciones, lo que hace necesario que con base a los principios constitucionales se promulgue una ley que garantice a los ciudadanos la libertad de contratarlas y a las instituciones legalmente autorizadas, la de realizarlas,

POR TANTO:

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados Jorge Alberto Villacorta Muñoz, Francisco Roberto Lorenzana Durán, Mauricio López Parker, Carlos Walter Guzmán Coto, Medardo González Trejo, Francisco Alberto Jovel Urquilla, Noé Orlando González, Juan Duch Martínez y Norman Noel Quijano González.

DECRETA, la siguiente:

LEY DE ANOTACIONES ELECTRÓNICAS DE VALORES EN CUENTA

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Valores negociables

Art. 1.- Las anotaciones electrónicas en cuenta representan valores negociables mobiliarios, incorporados a un registro electrónico y no a un documento. Su creación, administración, los demás actos que recaen sobre las mismas y su extinción se regirán en su orden por esta Ley y, en su defecto, por la Ley del Mercado de Valores, por las demás leyes mercantiles en lo que esté de acuerdo a la naturaleza que es propia de las anotaciones electrónicas en cuenta y por los usos y costumbres bursátiles.

Los valores desmaterializados o anotados, al igual que los títulosvalores, son una especie de valor.

La representación por medio de anotaciones electrónicas en cuenta es obligatoria para los valores negociables en bolsa. Las acciones y los valores no agrupados en emisiones podrán representarse por medio de títulos o de anotaciones electrónicas en cuenta, a voluntad del emisor.

Toda sociedad podrá representar sus acciones por medio de anotaciones electrónicas en cuenta, para efecto que sean negociadas en Bolsa.

Los valores extranjeros se negociarán en El Salvador bajo la forma de representación que adoptó el emisor, de conformidad al régimen jurídico.

En esta Ley a las sociedades especializadas en el depósito y custodia se les llamara "Depositarias", a las Bolsas de Valores, "Bolsas"; a las Casas de Corredores de Bolsa, "Casas"; a la Superintendencia de Valores, "Superintendencia"; y al Banco Central de Reserva de El Salvador "Banco Central".

Definiciones

Art. 2.- Se entenderá por:

- a) Valor desmaterializado o valor anotado, especie de valor representado por medio de una anotación en cuenta.

- b) Emisión: conjunto de valores negociables procedentes de un mismo emisor y homogéneos entre sí por formar parte de una misma operación financiera o que respondan a una misma unidad de propósito.
- c) Anotación Electrónica de Valores en Cuenta: nota contable efectuada en un Registro Electrónico de Cuentas de Valores llevado por una institución Depositaria. Es constitutiva de la existencia de valores desmaterializados, así como de las obligaciones de su emisor y de los derechos de su legítimo propietario. En adelante se llamará "anotación en cuenta".
- d) Macrotítulo: documento único representativo de la totalidad de una emisión de valores representado por medio de anotaciones en cuenta.
- e) Inscripción: asiento de una anotación en cuenta o de los actos relacionados a ésta. Se practicará en el Registro de Cuentas de Valores.
- f) Registro Electrónico de Cuentas de Valores: compilación de asientos contables relativos a la existencia de valores anotados y de los actos que los afecten.
- g) Registro Electrónico de Depósito de Emisiones: compilación de emisiones entregadas a la Depositaria en depósito y administración. Documenta electrónicamente los actos que crean, modifican o extinguen una emisión de valores desmaterializados; y los actos que graven o afecten las anotaciones en cuenta que integran cada emisión. El registro de una emisión tiene como efecto habilitar a la Depositaria para crear las anotaciones en cuenta que integran cada emisión. El registro de una emisión tiene como efecto habilitar a la Depositaria para crear las anotaciones en cuenta correspondientes.
- h) Desmaterialización o desincorporación de títulosvalores: proceso que tiene como resultado la transformación jurídica de títulosvalores en anotaciones en cuenta.
- i) Materialización o incorporación de valores: proceso que consiste en la transformación jurídica de anotaciones en cuenta en títulosvalores.
- j) Participantes Director: personas que actúan ante la Depositaria por cuenta propia o de terceros y que tienen acceso directo a sus servicios.

Los demás términos y uso frecuente se entenderán conforme las decisiones establecidas en las otras leyes o, en su defecto, en su sentido técnico o natural.

Art. 3.- Por la naturaleza de las anotaciones en cuenta, es inexistente la distinción entre normativas, a la orden o al portador.

Registro de Accionistas

Art. 4.- Los emisores de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta no llevarán el Libro de Registro de Accionistas que el Código de Comercio exige.

En su lugar la Depositaria llevará, por cada emisor, un Registro Electrónico de Accionistas que contendrá la siguiente información:

- a) Características de las acciones;

- b) Nombre de los accionistas, su domicilio, residencia e indicación del número y clase de acciones que le pertenecen;
- c) Los llamamientos existentes sobre las acciones y los pagos que se efectúen;
- d) Los gravámenes que se constituyan sobre las acciones, los embargos que sobre ellas se trabaren y cualquier otro acto o circunstancia que las afecte. Para que estos actos existan o surtan efectos, deberán inscribirse en el Registro de Cuentas de Valores; y
- e) Las cancelaciones de los gravámenes, embargos y otras afectaciones, que también surten efecto desde su inscripción en el Registro de Cuentas de Valores.

Las transferencias de acciones deberán registrarse conforme se negocien en Bolsa. El Registro de Cuentas de Valores debe permitir establecer los nombres de los propietarios anteriores.

A la fecha de una Junta General de Accionistas, el emisor considerará como accionistas a las personas que, el día hábil anterior, aparezcan en dicho registro como titulares de las acciones.

Las obligaciones de la Depositaria, en cuanto al Registro de Accionistas, se limitan a garantizar al emisor su funcionamiento eficiente y permitirle acceso en línea. La sociedad emisora se informará por medio de este registro sobre los propietarios de sus acciones y de los gravámenes, embargos u otras restricciones que pesen sobre ellas. Será el emisor quien proporcione esa información a sus accionistas.

Art. 5.- La Depositaria deberá facilitar información en línea a los organismos fiscalizadores, para que puedan establecer que el porcentaje de participación de cada accionista en la sociedad fiscalizada, se encuentra dentro de los límites de Ley.

CAPITULO II DE LAS ANOTACIONES EN CUENTA

Creación

Art. 6.- Las anotaciones en cuenta se crean en virtud de su inscripción en el Registro Electrónico de Cuentas de Valores.

Irreversibilidad

Art. 7.- La representación de valores por medio de anotaciones en cuenta es irreversible, salvo en los casos establecidos por esta Ley.

Art. 8.- La representación por medio de anotaciones en cuenta deberá aplicarse a todos los valores que integren una misma emisión.

Otorgamiento

Art. 9.- La emisión de obligaciones negociables, bonos o acciones y certificados fiduciarios de participación deberá efectuarse por medio de escritura pública. La emisión de los demás valores representados mediante anotaciones en cuenta se hará utilizando macrotítulo.

Art. 10.- La primera transferencia entre cuentas de un valor anotado, la hará la Depositaria con base en las colocaciones hechas en mercado primario.

Transferencia de valores anotados

Art. 11.- Los traspasos de los valores representados por anotaciones en cuenta se efectuarán por medio de transferencia contable, mediante asientos en los registros de la Depositaria y que, sin más requisitos será plena, cambiaria y sujeta a reglas de autonomía.

Transferencia fuera de Bolsa

Art. 12.- Los valores anotados pueden transferirse o transmitirse fuera de Bolsa únicamente por causa de muerte, mediante dación en pago, adjudicación judicial o a título gratuito. En todos estos casos se observarán las normas de derecho común. El participante directo presentará a la Depositaria el instrumento público otorgado en legal forma, la sentencia o la resolución que legitime al nuevo propietario, para que proceda a efectuar la transferencia entre cuentas.

Reversión de transferencias indebidas

Art. 13.- El que de buena fe adquiriera valores representados por anotaciones en cuenta, no podrá ser privado de ellos y no estará sujeto a reivindicación, aunque el vendedor no fuese su dueño y hubiere procedido dolosamente a transferirlos.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda existir en contra del transferente y de la facultad de reclamar daños y perjuicios por parte de quien se considere con derecho.

Las transferencias entre cuentas podrán revertirse cuando sean efectuadas con base en instituciones erróneas o inválidas, pero nunca en perjuicio de terceros de buena fe.

Sobre la transferencia de valores sometidos a gravámenes, embargos u otras afectaciones se estará a las reglas generales mercantiles y en su defecto a las civiles.

Fungibilidad

Art. 14.- Los valores representados mediante anotaciones en cuenta son fungibles entre sí cuando corresponden a una misma emisión y tienen las mismas características.

Copropiedad

Art. 15.- Los valores anotados podrán poseerse en copropiedad.

Podrán abrirse cuentas de depósito a nombre de dos o más personas, debiendo establecerse si obrarán en forma conjunta o separada. En todo caso deberán nombrar un representante común.

Reglamentación

Art. 16.- La Depositaria dictará las normas sobre las operaciones indicadas en la presente Ley, que deberán ser previamente aprobadas por la Superintendencia, sin perjuicio de las resoluciones que ésta establezca para regular la materia.

Art. 17.- Ninguna entidad podrá prestar servicios de depósito y administración de valores representados por medio de anotaciones en cuenta si no está autorizada como Depositaria, a excepción del Banco Central que podrá prestar dichos servicios en los términos que para tal efecto disponga su Consejo Directivo, de conformidad a la presente Ley.

CAPITULO III DEL DEPOSITO DE VALORES

Depósito previo

Art. 18.- Previo a su negociación en mercado primario, los valores deben entregarse a la Depositaria en administración.

Depósito en administración

Art. 19.- El depósito de valores en administración se podrá hacer en las siguientes formas:

- a) Por medio de endoso en administración del macrotítulo. En este caso, la Depositaria irá haciendo las deducciones parciales procedentes, conforme se efectúen las colocaciones, acreditando a las cuentas de sus clientes los valores negociados.
- b) Por medio de la entrega de un testimonio de la escritura de emisión, expedido por el notario a favor de la entidad Depositaria. En la escritura deberá establecerse que la emisión de valores estará representada por medio de anotaciones en cuenta

y que será entregada en depósito y administración a una sociedad especializada en el depósito y custodia de valores; y

- c) Mediante la simple entrega de los títulos; si son al portador, y en caso que sean nominativos o a la orden, mediante su "endoso en administración", hecho por el legítimo titular, a favor de la Depositaria.

En caso de retiro de títulosvalores, la Depositaria estará legitimada para endosarlos en propiedad a favor del nuevo titular o para entregárselos; en este caso cesarán los efectos del endoso en administración y volverán a ser objeto de las leyes mercantiles generales y además aplicables. Este endoso estará sujeto siempre a la cláusula "sin mi responsabilidad".

No podrá depositarse en administración una misma emisión en dos o más Depositarias.

Efectos

Art. 20.- El depósito en administración tiene los siguientes efectos:

- a) Justificar la tenencia de los valores por la Depositaria;
- b) Autorizar a la Depositaria para efectuar las transferencias entre cuentas; y
- c) Autorizar a la Depositaria para ejercer los derechos de toda índole que los valores confieran a su titular, en los términos del convenio celebrado entre la Depositaria y el participante directo. A falta de acuerdo, se entenderá que el mandato comprende el ejercicio de los derechos económicos.

Art. 21.- La Depositaria abrirá las cuentas de valores a nombre de los emisores o de los titulares de los valores.

Reporto de valores anotados

Art. 22.- Podrán efectuarse operaciones de reporto con valores representados por medio de anotaciones en cuenta. En estos casos, la entrega de los valores se hará por medio de su transferencia a la cuenta del reportador. Se procederá de la misma manera cuando, a su vencimiento, tengan que ser devueltos al reportado.

Acción cambiaria

Art. 23.- Los tenedores de valores adquiridos en una Bolsa no tendrán acción cambiaria en vía de regreso, contra los transferentes anteriores que negociaron los valores mientras estaban depositados en administración. La acción directa no se somete a reglas de protesto.

Las transferencias de valores entre cuentas producirán los efectos de un "endoso sin mi responsabilidad" a favor del enajenante.

Amortizaciones

Art. 24.- La liquidación de las obligaciones patrimoniales de los emisores de valores, así como el pago del principal, intereses, dividendos o deducciones por descuento, deberá hacerse a través del sistema de liquidación y compensación de valores que establezca la Depositaria que registró la emisión.

Art. 25.- Los emisores podrán comprobar el pago del principal, intereses, dividendos o deducciones por descuento que hagan los titulares de los valores, mediante constancia que la Depositaria les extienda, siempre que el pago se hubiese hecho por medio del sistema de liquidación que ésta establezca.

Las constancias mencionadas serán plena prueba y el pago que el emisor compruebe con la misma constituirá excepción real de pago en caso de reclamo judicial.

Valores del Estado y del Banco Central

Art. 26.- Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta del Estado y del Banco Central, se negociarán de conformidad a lo establecido por la Ley del Mercado de Valores.

Art. 27.- El Banco Central llevará un Registro Electrónico de Emisiones y de Cuentas de Valores, en el cual podrá inscribir los valores del Estado y del Banco Central, pudiendo delegar las anteriores funciones en una Depositaria en las condiciones que su Consejo Directivo determine.

Art. 28.- La representación mediante anotaciones en cuenta de los valores a que se refiere el Artículo anterior, se hará conforme la presente Ley y la del Mercado de Valores, en lo pertinente.

Art. 29.- Las emisiones del Estado se asentarán en el Registro de Depósito de Emisiones con base en el decreto legislativo de emisión, los acuerdos respectivos del Ministerio de Hacienda y otros documentos referentes a la colocación de los valores. En el caso del Banco Central, se asentarán con base en una certificación de la resolución respectiva del Consejo Directivo. Los depósitos se harán en el Banco Central o en la Depositaria, según sea el caso.

CAPITULO IV DE LOS REGISTROS DE DEPOSITOS DE EMISIONES Y DE CUENTAS DE VALORES

Registro de Depósitos

Art. 30.- La Depositaria deberá llevar un Registro Electrónico de Depósito de Emisiones en que documentará las emisiones depositadas y los actos que modifiquen, afecten o extingan los efectos jurídicos de la emisión.

El texto literal del asiento de una emisión de valores anotados existente en dicho registro, determina el alcance y modalidades de los derechos y obligaciones del emisor.

Registrador

Art. 31.- Los Registros de Depósito de Emisiones y de Cuentas de Valores estarán a cargo de un Registrador, que será el funcionario designado por la Depositaria.

Principios

Art. 32.- El Registro Contable de Valores se registrá por los principios de prioridad y tracto sucesivo:

- a) Conforme al principio de prioridad, una vez producida cualquier inscripción, no podrá practicarse ninguna otra respecto de los mismos valores que obedezca a un hecho producido con anterioridad en lo que resulte opuesta o incompatible con la anterior. Asimismo, el acto que acceda primeramente al Registro Electrónico de Cuentas de Valores, será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo la Depositaria practicar las operaciones correspondientes según el orden de presentación; y
- b) Conforme al principio de tracto sucesivo, para la inscripción de la transmisión de valores, será precisa la previa inscripción de los mismos en el registro contable a favor del transferente. Igualmente, la inscripción de la constitución, modificación o extinción de derechos reales, requerirá su previa inscripción a favor del disponente.

Art. 33.- La información de los registros de depósito de emisiones y de cuentas de valores, podrá ser dada a conocer al mercado en forma global, sin que la Depositaria infrinja su deber de secreto y reserva.

Inembargabilidad

Art. 34.- Los valores que la Depositaria tenga en administración y el resultado del ejercicio de los derechos inherentes a los mismos, no podrán ser embargados en ningún caso por obligaciones de la Depositaria.

La Depositaria no podrá ejercer acto alguno de disposición sobre los valores que tenga en administración, sino únicamente los que sean propios del mandato de administración que desempeña.

Trámite de depósito

Art. 35.- Previo al depósito de una emisión de valores representados mediante anotaciones en cuenta, el emisor deberá cumplir con los requisitos y trámites de inscripción y registro de la emisión determinados por la Ley del Mercado de Valores.

La Superintendencia expedirá a la Depositaria certificación relativa al asiento de registro de la emisión.

Gravámenes y embargos

Art. 36.- Los embargos se inscribirán en el Registro de Cuentas de Valores conforme el mandamiento contenido en el oficio respectivo, no pudiéndose registrar ninguna transferencia hasta que el embargo sea levantado judicialmente. La subasta de valores negociables en Bolsa que estén embargados deberá hacerse en las sesiones de negociación de una Bolsa, a través de la Casa que el depositario designe.

La Depositaria deberá informar a las Bolsas sobre los valores embargados, gravados o cuya negociación se ha restringido, desde que reciba dicha notificación, la Bolsa respectiva deberá rechazar todas las operaciones de negociación que sobre los mismos se propongan o concierten y si le aparece alguna transferencia contractual, sucesoral o judicial, la Depositaria la registrará hasta que todos los gravámenes o embargos presentados se cancelen o liberen.

Las anotaciones en cuenta también podrán someterse a otras restricciones consistentes en medidas cautelares o preventivas establecidas por las leyes de la República, como la anotación preventiva de la demanda en juicios de familia o el congelamiento de cuentas bancarias por investigaciones sobre lavado de dinero.

Registro Electrónico de Cuentas de Valores

Art. 37.- El Registro Electrónico de Cuentas de Valores es un registro contable. Estará formado por las cuentas de depósitos de valores que los depositantes tengan abiertas en la Depositaria.

La validez de los actos que afecten la eficacia de los valores anotados, requiere que consten precisamente en ese registro, salvo disposición legal en contrario. En consecuencia, los gravámenes, afectaciones y demás actos jurídicos que recaigan sobre los valores anotados, deberán ser inscritos en dicho registro para que surtan efectos.

Legitimación

Art. 38.- Se presume legítimo titular de un valor anotado, quien figura en el Registro de Cuentas de Valores.

Quien aparezca como titular de una cuenta de depósito en el Registro de Anotaciones, lo será de una cantidad determinada de anotaciones en cuenta, sin referencia que indique individualmente los valores.

Art. 39.- Las cuentas de valores deberán documentar los cargos y abonos efectuados por el depositante y el saldo de los valores en cada cuenta individual. Las cuentas globales documentarán la sumatoria de los valores depositados por cada Casa y por otros participantes, identificando los valores que sean propios y los de terceros.

Art. 40.- La Depositaria no podrá realizar sin causa legítima, ninguna operación que tenga efectos legales sobre el Registro de Cuentas de Valores.

Prenda

Art. 41.- Sobre los valores representados mediante anotaciones en cuenta podrá constituirse prenda, inscribiendo en el Registro de Cuentas de Valores el contrato de gravamen que se otorgue ante notario. Esta inscripción equivaldrá a un endoso en prenda.

La entrega de la prenda se hará mediante el traspaso de los valores de la cuenta del deudor a la del acreedor o a la cuenta de valores en garantía que la Depositaria lleve para ese efecto.

Estados de Cuenta

Art. 42.- Dentro de los primeros diez días de cada mes, la Depositaria deberá remitir a los participantes directos un estado de cuenta de valores que comprenda los abonos y cargos hechos en la misma durante el mes anterior.

La falta de presentación de observaciones dentro de los quince días siguientes a la fecha del recibo del estado de cuenta, hace presumir la exactitud de los asientos que figuren en la contabilidad de la institución Depositaria.

La Depositaria podrá expedir estados de cuenta para los demás participantes, estados de cuenta especiales y saldos, todo como parte de sus servicios.

Constancias de Legitimación

Art. 43.- La Depositaria podrá expedir constancias de legitimación a los titulares de cuentas de valores a través de un participante directo, en relación a la propiedad sobre valores anotados; y también a terceros legítimamente interesados, en relación a derechos o afectaciones inscritos en el Registro de Cuentas de Valores. Las constancias tendrán como único efecto legitimar a su titular para que ejerza los derechos que los valores anotados le confieren.

Las constancias contendrán la identidad del titular de los valores anotados, la identificación del emisor y de la emisión, el importe y clase de anotaciones en cuenta que comprendan, las restricciones a que los valores se sujetan, la finalidad para la que se expide, su plazo de vigencia y la fecha de expedición. Los valores comprendidos serán inmovilizados durante su plazo de vigencia. Transcurrido este plazo, las constancias caducarán.

También podrán expedirse a terceros interesados, constancias que acrediten la existencia de embargos judiciales, la constitución de gravámenes o de cualquier otro acto o circunstancia que haya tenido acceso al registro.

Estas constancias no conferirán más derechos que los relativos a la legitimación. No serán negociables por endoso, ni por medios civiles. No son títulosvalores y no tienen fuerza ejecutiva, excepto cuando acreditan la existencia de gravámenes prendarios.

Art. 44.- Para que su titular se legitime al momento de transferir anotaciones en cuenta fuera de bolsa o de constituir gravámenes sobre las mismas, la Depositaria expedirá constancias de legitimación para ese propósito específico. tendrán como efecto la inmovilización indefinida de los valores a que se refieren.

Una vez expedida la constancia, la Depositaria no podrá inscribir en adelante ninguna transferencia, salvo que se le ordene por resolución judicial o que se trate del negocio para cuya ejecución se expidió. La inmovilización termina por la presentación de la constancia a la Depositaria, para su cancelación.

Certificados de Valores Anotados

Art. 45.- A solicitud del propietario de valores, hecha por medio de una Casa, la Depositaria expedirá certificados de anotaciones en cuenta que tendrán como efecto legal la materialización de los valores a que se refieran. Serán títulosvalores a la orden, salvo en caso de acciones, que serán nominativas. No serán negociables por endoso, ni por medios civiles, pero tendrán fuerza ejecutiva.

La Depositaria expedirá estos certificados cuando sean necesarios para que el titular de los valores anotados o quien esté legalmente facultado, reclame judicialmente los derechos que las anotaciones en cuenta le otorgan.

El certificado de anotaciones en cuenta expresará el importe y las características de los valores que ampara, así como los derechos que de acuerdo al Registro de Depósito de Emisiones confiere a su titular. En el certificado deberán constar los gravámenes o restricciones que pesen sobre los valores anotados. Un mismo certificado no podrá amparar valores que no pertenezcan a una misma emisión.

La emisión del certificado de anotaciones en cuenta producirá la incorporación del valor, debiendo la Depositaria cancelar la inscripción de las anotaciones en cuenta. El certificado de anotaciones en cuenta, podrá desmaterializarse por medio de su presentación a la Depositaria. En este caso, la Depositaria inscribirá nuevamente las

anotaciones en cuenta que comprende y los demás actos que consten en el mismo y cancelará el certificado.

Art. 46.- Podrá solicitar la expedición de certificados de anotaciones quien sea su propietario según el Registro de Cuentas de Valores. Si los valores están embargados o sujetos a otras restricciones por autoridades judiciales o administrativas, se requerirá la autorización del Tribunal o autoridad competente, para su materialización.

Los certificados de anotaciones en cuenta se entregarán al titular de la cuenta de valores. Si están embargados se entregarán al depositario nombrado por el Juez y si su propiedad está sometida a restricciones por autoridad judicial o administrativa, se pondrán a la orden de ésta.

Si los valores anotados están gravados, se entregarán a quien sea su tenedor legítimo de conformidad al Código de Comercio y a la clase de gravamen constituido. EN el caso de la prenda, la constancia del gravamen puesta en el certificado equivale a un endoso en prenda.

Si los valores están reportados a la fecha de la transformación, el certificado se expedirá a nombre del reportado, pero se le entregarán hasta que el plazo del reporto venza. Si el reporto es abandonado, se entregará al reportador endosado en propiedad.

Art. 47.- Los certificados de valores anotados traen aparejada ejecución sin necesidad de previa diligencia, requerimiento o acto de ninguna clase. El juicio ejecutivo promovido con base en una certificación de valores anotados se tramitará de acuerdo al procedimiento previsto para la ejecución de títulosvalores a la orden.

Las excepciones que puedan oponerse se someterán a las mismas reglas previstas para los títulosvalores.

El pago íntegro hecho judicialmente, produce la extinción de los derechos que el certificado incorpora. Si el pago se hace a su propietario antes de iniciarse el juicio, el certificado deberá entregarse al emisor.

Art. 48.- Los saldos, estados de cuenta, constancias de legitimación y certificados de anotaciones en cuenta se expedirán una vez terminadas las sesiones de negociación y concluido el proceso de entrega y pago de los valores negociados.

Art. 49.- Los certificados de valores anotados se repondrán aplicando las reglas establecidas por el Código de Comercio para los títulosvalores. La reposición de constancias se hará conforme las normas establecidas por la Depositaria.

Modificación, rectificación y reposición

Art. 50.- Los asientos de los registros de toda clase podrán modificarse, rectificarse o reponerse de acuerdo a los procedimientos establecidos por la Depositaria.

CAPITULO V OTRAS OPERACIONES DE DESMATERIALIZACIÓN

Administración de anotaciones extranjeras

Art. 51.- La Depositaria podrá recibir en depósito y administración valores inscritos en una Bolsa extranjera o anotados en una depositaria del exterior. Podrán negociarse en una Bolsa salvadoreña siempre que cumplan con las disposiciones legales pertinentes.

Art. 52.- Las condiciones bajo las cuales se prestará este servicio de depósito y administración, se determinarán en los contratos de custodia que la Depositaria suscriba con la institución Depositaria extranjera. Dichos contratos deberán contener todas las cláusulas y condiciones procedentes.

Anotación de valores no registrados

Art. 53.- La Depositaria podrá administrar valores representados mediante anotaciones en cuenta que no estén inscritos en una Bolsa, ni registrados en el Registro Público de Valores de la Superintendencia.

El depósito se efectuará en los mismos términos establecidos para emisiones inscritas y registradas, pero sin que se exija la documentación que las habilita para negociación en Bolsa.

Si los valores están representados por títulosvalores, podrán desincorporarse siguiendo las disposiciones de esta ley; previo a la transformación de los títulos, el emisor deberá publicar un aviso en dos de los periódicos de mayor circulación en el país dando a conocer su interés. Los tenedores de valores podrán oponerse mediante nota escrita dirigida a la Depositaria en un plazo de treinta días contados desde la última publicación.

La Depositaria procederá a efectuar la transformación cuando las oposiciones presentadas no sumen en conjunto más del cincuenta por ciento del monto que los valores representan.

Todo esto fiscalizado por la Superintendencia y de conformidad a lo establecido en el Código de Comercio en lo pertinente.

Art. 54.- Las emisiones serán depositadas por los emisores directamente, para lo cual deberán tener calidad de participantes directos.

Las transferencias en cuenta se efectuarán con base en los avisos que los titulares de las cuentas den a la Depositaria, a través de la Casa designada.

Art. 55.- Las emisiones mencionadas en este capítulo se regirán por esta Ley en lo que sea aplicable.

CAPITULO VI MATERIALIZACIÓN O INCORPORACIÓN DE ANOTACIONES NEGOCIABLES EN BOLSAS DE VALORES

Art. 56.- Cuando ya no sea posible la negociación de una emisión de valores en mercado secundario, serán administradas por la Depositaria en los términos del Artículo 53 de esta Ley.

Art. 57.- El emisor podrá solicitar a la Depositaria la transformación de las anotaciones en cuenta en títulosvalores y ésta deberá solicitarlo a la Superintendencia, la cual se expresará favorablemente siempre que cumpla con los requisitos legales pertinentes. La transformación de valores se hará a costa del emisor.

Art. 58.- Para efectos del Artículo anterior, el emisor remitirá a la Depositaria los títulosvalores respectivos ya firmados, para que ésta cancele el asiento de la emisión en el Registro de Depósito de Emisiones y las anotaciones contables existentes en el Registro de Cuentas de Valores.

Los títulosvalores serán emitidos "a la orden", a favor del titular de la cuenta de valores y contendrán todos los derechos que confieran a su propietario. En el caso de las acciones serán nominativas.

Art. 59.- Una vez transformadas las anotaciones en cuenta en títulosvalores, la Depositaria tendrá la custodia de éstos. Cuando sean retirados por sus titulares, los endosará en propiedad o se los entregará.

Art. 60.- En el caso de acciones, la Depositaria deberá entregar a la sociedad emisora una certificación del asiento relativo al Registro de Accionistas. La sociedad emisora deberá elaborar el respectivo Libro de Registro de Acciones Nominativas en un plazo de quince días, contados a partir de la fecha de la entrega de la certificación.

Art. 61.- Sobre los títulosvalores que estén sujetos a gravámenes u otras restricciones, se estará a lo dispuesto por el Artículo 46 de esta Ley.

CAPITULO VII DISPOSICIONES FINALES

Beneficiarios

Art. 62.- Las personas naturales titulares de valores depositados, podrán designar uno o más beneficiarios a efecto que, a su fallecimiento, la Depositaria los ante en cuenta a favor de las personas que serán los nuevos titulares de los valores. El titular de la cuenta señalará la proporción en que el saldo deberá distribuirse cuando existan varios beneficiarios y en caso que no lo haga, la distribución se hará por partes iguales.

El nombramiento del beneficiario deberá constar en el contrato de administración de valores que la Casa celebre con sus clientes y en los registros de la Depositaria, en cuyo caso la comunicación oportuna del nombre del beneficiario o los cambios será responsabilidad de la Casa. La designación del beneficiario no será válida si se comunica a la Depositaria después del fallecimiento del depositante.

La Depositaria deberá anotar los valores a nombre de los designados cuando la Casa le presente la partida de defunción del causante y el contrato de administración de valores con el nombre del beneficiario.

Los derechos que conforme este Artículo correspondan a los beneficiarios de una cuenta de valores, estarán sujetos a lo dispuesto en el Artículo 1334 del Código Civil.

Secreto

Art. 63.- Los depósitos de valores que reciban las Depositarias estarán sujetos a secreto y sólo podrá proporcionarse información sobre esas operaciones a su titular o a la persona que lo represente legítimamente.

El secreto bursátil no será obstáculo para esclarecer delitos, para impedir embargos sobre bienes, ni para la función de fiscalización de la Superintendencia.

El resto de la información contenida en los Registros de Cuentas de Valores y de Accionistas está sujeta a reserva y solo puede darse información a los Tribunales Judiciales, a la Fiscalía General de la República y demás autoridades en el ejercicio de sus atribuciones legales, siempre previa autorización de la Superintendencia.

No está comprendida en este Artículo, la información que corresponda entregar al público según esta Ley o la Ley del Mercado de Valores, ni la que se proporcione a los organismos fiscalizadores con base en disposiciones legales que los autoricen. Las Depositarias responderán solidariamente por los daños y perjuicios que causaren a terceros las acciones u omisiones de los directores, administradores, funcionarios y terceros, en el ejercicio de sus funciones, por la infracción a este Artículo.

Controles

Art. 64.- La Depositaria deberá establecer sistemas de seguridad, así como medidas dirigidas a cubrir los riesgos operativos que le sean atribuibles y planes de contingencia para la recuperación de su capacidad operativa a la brevedad.

La Depositaria deberá contar con un responsable del control interno, que verificará el cumplimiento de sus obligaciones y efectuará conciliaciones periódicas de los montos de valores anotados existentes en el Registro de Cuentas de Valores, con los registros de las Casas.

La Depositaria será responsable por los perjuicios causados por no cumplir con la debida diligencia todas las operaciones necesarias para las anotaciones en cuenta. Son responsables de las inexactitudes y retrasos que se observen en el desarrollo de las mismas.

Medios de transmisión y almacenamiento de datos

Art. 65.- La Depositaria podrá utilizar medios electrónicos o magnéticos de transmisión y almacenamiento de datos, para solicitar y enviar información a las entidades participantes en el mercado de valores y para mantener sus archivos, actas y demás documentos.

CAPITULO FINAL DISPOSICIONES TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y VIGENCIA

Transformación de títulosvalores de deuda en valores anotados

Art. 66.- En el plazo de un año, la Depositaria transformará en anotaciones en cuenta los títulosvalores agrupados en emisiones que estén en circulación. Esta disposición no será aplicable a los títulos emitidos por el Estado, por el Banco Central, ni a los que les falte un plazo igual o menor de dos años para su vencimiento. Los plazos se contarán a partir de la vigencia de esta Ley.

La transformación de títulosvalores en poder de una Depositaria operará de pleno derecho, sin que sea necesario tomar acuerdo por el emisor o modificarlos, ni modificar las escrituras de emisión de los títulosvalores o los acuerdos de aprobación de las emisiones dados por la Bolsa o la Superintendencia, ni otro documento, quedando a salvo el derecho del titular de los valores de retirar sus títulosvalores en un plazo no mayor de quince días a partir de la publicación que deberá hacer la Depositaria, a efectos de evitar su desmaterialización. La publicación a que se refiere este Artículo deberá hacerse por cuenta de la Depositaria en uno de los periódicos de circulación nacional.

A partir de la fecha que opere la transformación, la Depositaria creará las anotaciones en cuenta de los títulosvalores que tengan en depósito y en adelante o le

serán aplicables las cláusulas que consten en las escrituras de emisión o en los títulosvalores y que sean incompatibles con su nueva naturaleza, quedando sujetos a lo dispuesto por la presente Ley.

Los títulosvalores que no estén depositados conservarán su validez, pero al ser presentados a la Depositaria para depósito o negociación, ésta procederá a transformarlos en anotaciones en cuenta, de conformidad a este Artículo.

La Depositaria deberá dictar, sesenta días antes de la fecha de transformación, las normas operativas a que se sujetarán los títulos transformados en anotaciones en cuenta. Las condiciones de la emisión, tales como las estipulaciones de monto de la emisión, plazos, tasa de interés, forma de pago y demás cláusulas propias de la obligación cambiaria, permanecerán inalterables en todo.

Art. 67.- Transformados los títulos en anotaciones en cuenta, los documentos serán cancelados por la Depositaria.

En todos los casos del Artículo anterior, la Depositaria registrará los gravámenes, embargos u otras afectaciones que contengan y documentarán los pagos anotados, previo a la cancelación del documento.

Transformación de acciones en anotaciones en cuenta

Art. 68.- Tratándose de acciones y a partir de la vigencia de esta Ley, las sociedades inscritas en Bolsa podrán pasar al régimen de anotaciones en cuenta de la siguiente manera:

- a) En virtud de esta Ley, su representante otorgará una escritura de modificación relativa a la forma de representación de las acciones, pasando de ser títulosvalores a ser valores representados por medio de anotaciones en cuenta. La escritura se inscribirá en el Registro de Comercio;
- b) La Junta Directiva informará a la siguiente Junta General de Accionistas que la sociedad celebre después de la escritura, acerca del cambio de forma de representación de las acciones.

Transcurridos treinta días después del aviso, la sociedad ya no podrá asentar ningún acto en su Libro de Registro de Acciones Nominativas, el que será sustituido por el Registro Electrónico de Accionistas que la Depositaria elaborará con base en el registro de acciones que llevaba la sociedad. Las acciones que estén depositadas se transformarán de conformidad a este capítulo y las demás se transformarán conforme se depositen por negociaciones o cuando se presenten a la Depositaria para el solo efecto que las desmaterialice; y

- c) Cuando la sociedad modifique su pacto social por cualquier motivo, deberá adecuarlo a la nueva modalidad de representación de sus acciones, de manera que contenga las cláusulas propias de los valores anotados.

No obstante lo dispuesto en este Artículo, las sociedades inscritas en Bolsa podrán adecuar de inmediato su pacto social a la presente Ley mediante acuerdo de su Junta General de Accionistas, observando el Código de Comercio.

La Depositaria elaborará el Registro Electrónico de Accionistas con base en la información de su Registro de Cuentas de Valores.

Art. 69.- A partir de la vigencia de esta Ley las bolsas no podrán autorizar la inscripción de emisiones de títulosvalores homogéneos agrupados en emisiones, excepto las acciones.

Art. 70.- Para los efectos del Artículo 65 de esta Ley y en tanto no existan en el país entidades legalmente autorizadas para validar comunicaciones efectuadas por medios electrónicos, tales validaciones deberán ser realizadas por una empresa especializada en la prestación de servicios informáticos, de reconocido prestigio, aceptada por la Superintendencia. El sistema electrónico de transferencia de datos podrá iniciar operaciones al tener dictamen favorable de una sociedad especializada en auditoría informática, que también sea de reconocido prestigio y aceptada por la Superintendencia.

Art. 71.- Mientras las emisiones todavía estén representadas por títulos, no será necesario que la Depositaria entregue al emisor el cupón de intereses o de capital amortizado o que se haga constar el pago en el cuerpo del título. El pago podrá comprobarse por medio de las constancias mencionadas en el Artículo 25 de esta Ley.

Art. 72.- Cuando en la Ley del Mercado de Valores, se haga referencia a valores en serie, deberá entenderse que se trata de valores homogéneos agrupados en emisiones; y cuando se refiera a valores individuales, deberá entenderse que se trata de valores heterogéneos no agrupados en emisiones, aún cuando tengan la misma naturaleza y emisor.

Art. 73.- Para los efectos del Artículo 9, literal g) de la Ley del Mercado de Valores, y siempre que proceda según esta Ley, el emisor presentará a la Bolsa escritura de emisión o macrotítulo según corresponda.

Art. 74.- Deróganse los literales a) y b) del Artículo 5 y los Artículos 69, 70, 79-A y 79-B de la Ley del Mercado de Valores, emitida por Decreto Legislativo No. 809, de fecha 16 de febrero de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 73-Bis, Tomo No. 323 del 21 de abril del mismo año.

Especialidad de esta Ley

Art. 75.- La presente Ley, por su carácter especial, prevalecerá sobre cualquier otra que la contraríe.

Art. 76.- El presente decreto entrará en vigencia ciento ochenta días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: a los veintiún días del mes de febrero del año dos mil dos.

WALTER RENE ARAUJO MORALES
PRESIDENTE

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA
VICEPRESIDENTE

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA
VICEPRESIDENTE

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON
SECRETARIA

JOSÉ RAFAEL MACHUCA ZELAYA
SECRETARIO

ALFONSO ARÍSTIDES ALVARENGA
SECRETARIO

WILLIAM RIZZIERY PICHINTE
SECRETARIO

RUBEN ORELLANA MENDOZA
SECRETARIO

AGUSTÍN DÍAZ SARAVIA
SECRETARIO

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los veintisiete días del mes de febrero del año dos mil dos.

PUBLIQUESE,

CARLOS QUINTANILLA SCHMIDT,
Presidente de la República en Funciones.