



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

División de Estudios de Posgrado

**“LAS OPERACIONES MERCANTILES EN LA ERA DE LA
GLOBALIZACIÓN: COMERCIO ELECTRÓNICO”**

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A

ROLANDO WILFRIDO DE LASSÉ CAÑAS.



ASESOR: DR. A. FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO.

CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F.

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO GENERALIDADES

1. Antecedentes del Derecho mercantil	1
1.1. Orígenes del Derecho Mercantil	2
1.2. El Derecho Mercantil Romano	5
1.3. El Derecho Mercantil en la Edad Media	7
1.4. Desarrollo en España y Francia	11
1.5. Codificación del Derecho Mercantil	14
1.6. Antecedentes de Derecho Mercantil en México	17
2. Actos de comercio	23
2.1. Teoría sobre el Acto de Comercio	25
2.1.1. Acto de Comercio en el Derecho Comparado	26
2.2. Actos Mixtos	28
2.3. Actos Onerosos y Gratuitos	29
2.4. Actos Accesorios y Conexos	30
2.5. Actos de Comercio Lícitos e Ilícitos	31
2.6. Actos de comercio Principales	32
3. Ocupación ordinaria del comercio	47
3.1. Sujetos del Derecho Mercantil	48
3.1.1. El Comerciante, Persona Física, Capacidad	53
3.1.2. Carácter Habitual del Comercio, Ocupación Ordinaria	57
3.2. Obligaciones del Comerciante	59
3.2.1. Anuncio de la Calidad Mercantil	59
3.2.2. El Registro Mercantil	61
3.2.3. Contabilidad Mercantil	70
3.2.4. Conservación de la Correspondencia	74
3.2.5. Auxiliares Mercantiles	75
3.2.5.1. Auxiliares Dependientes	76
3.2.5.2. Auxiliares Independientes	79
3.3. Las Sociedades mercantiles. Comerciante Social	82

CAPITULO SEGUNDO

EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

1. Origen	88
1.1 Elementos que definen a la Globalización	89
2. Estrategia Global	90
3. Impulsores del Mercado en la Globalización	92
4. Apertura Global	99
4.1 Apertura de Fronteras	100
4.2 Economía Mundial	101

CAPITULO TERCERO GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

1. Hecho Jurídico	104
2. Acto Jurídico	105
3. Contrato como Acto Jurídico	108
3.1. Clasificación de los Contratos	110
3.2 Elementos de Existencia y de Validez	114
3.3 Teorías por las que se Perfecciona el Consentimiento	119
4. Contrato Mercantiles	123
5. Contratos Internacionales	127
5.1 Elementos de Existencia y de Validez	130

CAPITULO CUARTO CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Reseña histórica	133
1.1. Los Servicios del Almacén Virtual	135
2. Regulación jurídica	138
2.1. La Contratación Electrónica	139
2.1. Contratos Informáticos	139
2.2 Regulación Normativa	161
3. Elementos del Contrato Electrónico	190
3.1. Manifestación de Voluntad de las Partes	197
3.1.1 Teoría de la Declaración	200
3.1.2 Teoría de la Expedición	201

3.1.3 Teoría de la Recepción	201
3.1.4 Teoría de la Información	201
3.1.5 Contratación Entre Ausentes	201
4. Contrato de Compraventa Electrónica	207
4.1 Etapas para la Celebración de un Contrato de Compraventa Electrónica	209
4.2 Clasificación del contrato de Compraventa Electrónica	214
5. Regulación Administrativa de Registro	218
6. Ventajas y Desventajas Frente al Tipo Clásico de Contrato de Compraventa Mercantil	224

CAPITULO QUINTO FIRMA ELECTRÓNICA

1. Reseña Histórica	226
1.1 Concepto de Criptografía	226
2. Concepto de Firma	238
2.1. Características de la Firma	240
2.2. Aspectos Legales	241
3. Diversas Aceptaciones de la Firma Electrónica	243
3.1. Firma Electrónica a través de Fax	244
3.2. Firma a través de Plantilla Electrónica	246
3.2 Firma A Través de NIP (Número de Identificación Personal)	246
4. Elementos de la Firma Electrónica	248
4.1. Firma Electrónica avanzada	249
4.2. Signatario	251
4.3. Datos de Creación de Firma	252
4.4 Datos de Verificación de Firma	255
4.5 Dispositivo de Verificación de Firma	256
4.6 Certificado Reconocido	258
4.7 Prestador de Servicios de Certificación	259
4.8 Intermediario	265
4.9 Producto de la Firma Electrónica	265
4.10 Acreditación del Prestador de Servicio de Certificación	265
5. Efectos Jurídicos de la Firma Electrónica	266
6 Admisión como Prueba en Juicio	268

CAPITULO SEXTO

GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO

1. El Comercio Electrónico	271
1.1 Promoción del Comercio Electrónico	274
1.1.1 La Reforma Legislativa	274
1.2 Publicidad en Internet	279
1.3 Protección de la Propiedad Intelectual	280

CAPITULO SÉPTIMO ACCIONES A REALIZAR

1. El Notario Público	282
1.1 Funciones	283
1.2 El Notario ante el Comercio y Contratación Electrónica	286
1.3 El Notario ante los Documentos Informáticos	288
2. La práctica Internacional	289
2.1 El Cibernotario	292
3. Resolución de Conflictos Derivados del Comercio Electrónico	300
3.1 Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos	303
3.2 Entidades de resolución de Conflictos en el ciberespacio	305
4. El Cibertribunal Peruano como Organismo de Resolución de Conflictos	306

CONCLUSIONES	309
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	327
---------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende ofrecer un panorama mas claro a la problemática que se presenta cuando se llevan a cabo, operaciones mercantiles, básicamente de compraventa, mediante la utilización de la red internacional de información. En este sentido, el comerciό llamado “electrónico”, en virtud de llevarse a cabo precisamente mediante el uso de mecanismos electrónicos de intercambio de información, ha transformado la manera en la cual se habían venido haciendo este tipo de operaciones a lo largo de la historia.

En ese contexto, pretendo primeramente clarificar los orígenes del derecho mercantil, su evolución a través de la historia y hasta nuestros tiempos, a fin de proporcionar, a manera de antecedentes, una base a partir de la cual deberemos de partir para el desarrollo del presente estudio, desarrollando dentro de este contexto los temas correspondientes a los actos de comercio y a aquellos temas que se encuentran relacionados con las personas que son sujetas y por lo tanto están relacionadas con el derecho mercantil.

Asimismo, mas adelante, y a fin de entender como los actos de comercio fueron abriéndose camino, no solo entre países vecinos, sino intercontinentalmente, abordaré el tema relacionado con la globalización de los mercados, estudiando sus orígenes, los elementos que la componen y aquellos aspectos que impulsaron, y siguen haciéndolo, la apertura de los mercados, así como la influencia que generaron los adelantos tecnológicos en este fenómeno, como instrumento para facilitar la comunicación intercontinental y el ágil intercambio de productos objeto de operaciones mercantiles a lo largo del mundo.

Consideró muy importante para darle cuerpo legal a este estudio, también desarrollar el tema relativo a los contratos, en virtud de que es mediante estos que las operaciones que se llevan a cabo y que he descrito anteriormente, se materializan y se plasman como acuerdos de voluntades; este capítulo resulta indispensable, y en el pretendo desarrollar aquellos temas que se encuentran estrechamente vinculados con estos instrumentos legales mismos que tienen como finalidad plasmar la verdadera voluntad de las partes o bien a lo que éstas pretendieron obligarse en el momento de su celebración.

Una vez desarrollados los temas anteriormente descritos, y a fin de continuar con un orden elemental, para el mejor desarrollo del estudio en cuestión, comenzaré a centrar la presente investigación abordando a continuación el fenómeno relativo a la contratación electrónica, la cual merece ser estudiada desde sus orígenes. En este tema me detendré para, detalladamente, desarrollar aspectos como la regulación electrónica, el contrato electrónico y las ventajas y desventajas que se presentan entre este nuevo método de contratación y el tradicionalmente planteado.

Uno de los elementos mas importantes para poder, en la práctica, celebrar contratos electrónicos, es contar con una firma electrónica segura, y es por esta razón por la que dentro del quinto capítulo pretendo abordar este tema, analizándolo profundamente, partiendo con una reseña histórica del mismo, y desarrollando los elementos básicos y legales de la firma electrónica, comparándola con la firma tradicional. Asimismo, dentro de este capítulo abordaré las diversas acepciones relativas a la firma electrónica y su creciente utilización y aceptación en procedimientos procesales.

En sexto capítulo desarrollaré el tema vinculado con la relación que existe entre la globalización, previamente analizada, y el comercio electrónico en nuestro país, así como la manera en la cual en México hemos tenido que adecuar nuestras costumbres y legislación para poder hacer frente a esta tendencia mundial y de esta forma permitirnos continuar realizando transacciones comerciales en la era globalizada que estamos viviendo.

Finalmente, el último tema que pretendo tocar durante el desarrollo de la presente investigación, es mas bien propositivo. En el último capítulo trataré de buscar y adecuar soluciones que otros países han experimentado y desarrollado en la implementación de este tipo de contratos, así como la manera en la cual éstos han resuelto las controversias y problemas que se han suscitado.

CAPÍTULO PRIMERO GENERALIDADES

1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO MERCANTIL

La palabra comercio deriva del latín *commercium*, que se compone de las voces *cum* y *merx* (con-mercancía); por consecuencia se encuentran presentes en el propio entorno de la palabra las ideas del cambio y de tráfico, lo cual implica intercambio de bienes a cambio de otro tipo de bienes como el dinero.

El comercio es una actividad exclusivamente humana; “es una actividad que supone consideración de valores y la calidad humana se distingue por ser valorativa. Asimismo, requiere de una serie de bienes para satisfacer sus necesidades, mismos bienes que no son todos de su inmediato alcance, por consiguiente, los cambia por otros dándole un valor a los mismos”¹.

Por su parte, Rafael De Pina señala: “El comercio consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro”.²

Efectivamente, el comercio es una actividad de intercambio, es una negociación, una compra de mercancías por parte de una persona llamada consumidor a otra denominada comerciante, ya sea que éste las adquiera o produzca, y que puede ser llevado a cabo en un establecimiento, tienda o almacén.

¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*,. 2da. Ed., Ed. Porrúa, México, 2002. p. 1.

² DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de derecho mercantil mexicano*, 24ta. ed., Ed. Porrúa, México, 1994, p. 3.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Es por ello que se dio la necesidad de crear una materia que regulara esta actividad, una rama del derecho que previera la mediación de estos actos comerciales llevados a cabo por los mismos comerciantes, y que incluso, han sido realizados por sujetos que quizá no tengan la condición de comerciantes, pues lo podemos concebir como un fenómeno económico y social e inclusive con matices políticos. Pero para una mejor comprensión y un posterior análisis del concepto de derecho mercantil, es necesario conocer las referencias históricas que dieron origen a esta normatividad correspondiente al derecho privado.

1.1.1 ORÍGENES DEL DERECHO MERCANTIL

Habríamos de comenzar por definir al derecho mercantil, como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto regular el específico sector de la actividad humana constituido por el comercio.³

El comercio es una actividad que ha tenido presencia en todas las épocas y civilizaciones que ha conocido el mundo; hasta en los pueblos más remotos podemos encontrar esta actividad y sus respectivos sistemas jurídicos.

En la sociedades antiguas se practicó el trueque, consistente en el cambio directo de mercancías. El hombre mercadeaba instrumentos producidos por él por productos que pudieran aportar a su propio consumo; era el trueque directo. Pero cuando el hombre adquirió bienes, ya no para consumirlos sino para intercambiarlos

³ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Ciencia del Derecho Mercantil, 1º ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 68

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

por otros, nació el comercio en sentido moderno, porque se colocó en situación de intermediario entre quien tenía bienes que deseaba cambiar por otros, y los que necesitaban adquirir los bienes que se ofrecían en cambio.

Debido a la evolución de las sociedades, de su complicación y del constante avance de las mismas, esta actividad de intermediación se ha desarrollado a lo largo del tiempo, y el comerciante ha tenido que crear y desarrollar diversos tipos de instrumentos y técnicas para llevar a cabo su función satisfactoriamente y recoger los beneficios de la misma.

En lo que corresponde al periodo de la antigüedad arcaica, los pueblos antiguos practicaron el comercio, no sólo en sus relaciones internas sino de pueblo a pueblo, por lo que el derecho comercial primitivo es considerado internacional.

En Babilonia, el Código de Hamurabi, que data de veinte siglos antes de Cristo, estableció diversas instituciones mercantiles, como “el préstamo con interés, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión”.⁴

Del comercio marítimo que existía en el Mediterráneo, del que el derecho mercantil terrestre derivara muchos principios e instituciones aplicables, destacan los fenicios y cartaginenses. Los Fenicios fueron grandes negociadores, célebres como mercaderes y navegantes, y aunque de ellos no han perdurado leyes escritas en nuestro tiempo, se puede hacer mención a las famosas Leyes

⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 6

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Rodias sobre las rutas marítimas, del préstamo a cambio marítimo, del seguro; y tal fue su importancia que la parte fundamental de esta legislación fue recogida por los romanos en el Digesto con el nombre de *Lex Rodhia de Jactu*.⁵

Otros de los grandes sistemas jurídicos que destacaron fueron los de Egipto y Grecia. Ambos realizaban un crecido comercio interno e internacional, y había entre ellos comerciantes especializados en la banca, denominados los *trapezitas*. Los griegos idearon el préstamo a la gruesa, llamado *nauticum foenus*, que fue utilizado inclusive por los romanos, y que consistía en que el prestamista otorgaba crédito a un naviero exportador, y si el viaje concluía en feliz arribo, el prestamista recibía un interés elevado; pero si el viaje fracasaba, no tenía el mutuante derecho a cobrar el importe del mutuo. En esta institución radica uno de los antecedentes de nuestro moderno contrato de seguro.⁶

Los hindúes, en el Código de Manú, que data de dos siglos antes de Cristo, destacan la profesión del comerciante como honrosa y reglamentaron algunas instituciones comerciales, como las compraventas de mercancías provenientes de ultramar, las que se consideraban válidas aunque la cosa vendida no hubiere sido propiedad del vendedor.⁷

⁵ Cfr. DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, op. cit. p. 3

⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, op. cit. p. 8

⁷ DE PINA VARA, Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, op. cit. p. 5

1.1.2 EL DERECHO MERCANTIL ROMANO

Los romanos lograron un importante desarrollo del comercio en todo el ámbito del imperio, debido a que utilizaron los magníficos caminos que tenían elaborados para fines bélicos, para crear rutas comerciales, emulando el sistema que ya habían implantado en su momento los griegos.

En opinión del maestro Cervantes Ahumada, citando a Hamel y Lagarde, las primeras disposiciones del derecho comercial romano eran internacionales, y pertenecían al *ius gentium*, porque el ejercicio del comercio no se consideraba actividad exclusiva de los ciudadanos, sino que era permitido a los extranjeros que iban a Roma o estaban domiciliados en ella. No había un cuerpo separado de leyes comerciales, sino que aun las procedentes de ordenamientos exclusivamente mercantiles, como la citada Ley Rodia, formaron parte del *corpus juris* general.⁸

Se pueden señalar en el ordenamiento romano, tres clases de instituciones comerciales:⁹

- I) Las que no se limitaban a una profesión determinada, como la *actio institoria*, que, contrariamente al derecho civil general, que desconocía la representación, permitía a los terceros que habían realizado un negocio comercial con un esclavo o un hijo de familia, exigir el pago

⁸ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. p. 5

⁹ Idem.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

directamente del dueño del esclavo o del paterfamilias.

- II) Las instituciones especiales del comercio marítimo formaban el segundo grupo. Entre ellas estaban las importadas de los pueblos orientales, como la *Lex Rodhia de Jactu*, que concedía acción reparatoria a quienes habían sufrido la pérdida de su mercancía, cuando ésta había sido arrojada al mar para salvar de algún peligro en la navegación al buque, a su cargamento, o a ambos; la institución del préstamo a la gruesa o *nauticum foenus*¹⁰, originaria del derecho griego, y algunas instituciones romanas originales, como la *actio execitoria*, por medio de la cual quien había contratado con el capitán de la nave podía ejercer su acción directamente contra el armador.
- III) Finalmente y citando a Calistrato, el Mtro. Cervantes Ahumada, señala que el tercer grupo lo formaban las instituciones del derecho romano bancario. El

10 *La empresa Naviera ha requerido, y requiere, para su desarrollo, importantes inversiones, sujetas al riesgo propio de la navegación. De ahí que ya en Grecia y en Roma existieran medios típicos de crédito naval.*

En efecto, el derecho romano tomó de las prácticas griegas una forma especial de mutuo, según el cual el acreedor condicionaba la devolución del dinero prestado al arribo del buque a la meta fijada. Si la nave se perdía, su propietario quedaba liberado; y si llegaba felizmente a destino, debía devolver una cantidad superior a la prestada.

Esto es lo que se llamó nauticum foenus, en el cual el riesgo quedaba a cargo del acreedor desde el comienzo de la expedición hasta su fin.

El nauticum foenus constituye el antecedente del préstamo a la gruesa, cuidadosamente reglamentado en los códigos del siglo XIX.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

ejercicio de la banca era según Calístrato, un oficio viril, que era desempeñado por los cambistas o *argentari*, y por los banqueros o *numulari*, cuya actividad estaba sometida al control estatal. Entre las instituciones típicas del derecho bancario está la *receptum argentariorum*, por medio de la cual el banquero se obligaba, frente a un tercero, a pagar la deuda de su cliente, y la institución del *liber accepti et depensi*, o sea, nada menos que el invento de la contabilidad mercantil, que la vida comercial debe a los banqueros romanos.¹¹

1.1.3 EL DERECHO MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA

El Derecho mercantil emerge en la Edad Media, y su origen es tradicional.

Con las invasiones de los pueblos bárbaros cae el Imperio Romano de Occidente perdiendo vigencia el *corpus iuris* romano. En la primera mitad de la Edad Media se inicia el nacimiento del Derecho Mercantil para regular la actividad y proteger los intereses de los comerciantes agrupados en gremios, corporaciones y consulados. Es así como cada pueblo, cada comunidad, va elaborando sus costumbres propias, y los primeros que elaboran las suyas, fueron los mercaderes marítimos, quienes crearon sus propios tribunales llamados *consulados*, en virtud de que los jueces eran llamados *cónsules*, como los anteriores magistrados romanos. Los primeros documentos de ese periodo son recopilaciones de

¹¹ Cfr. DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. p. 6

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

costumbres y de sentencias, hechas por juristas, jueces y comerciantes.¹²

Tales compilaciones recibieron en Italia el nombre de *estatutos* y entre ellos cabe mencionar los *Ordinamenta et consuetudo maris* de 1063, de la ciudad de Trani, los *Capitula et ordinationes curiae maritimae nobilis civitatis Amalfae*, o Tablas Amalfitanas del siglo XI, los *Curiae maris* de Pisa, entre otras. Muchas ciudades italianas como Bolonia, Florencia, Milán, Venecia, Génova, Siena, entre otras, tuvieron sus propios estatutos, y de igual manera, casi todas las ciudades de la cuenca del Mediterráneo y de los Mares del Norte y Báltico. Así, tuvieron renombrados estatutos Marsella, Barcelona, Hamburgo y Lubeck, entre otras ciudades marítimas.¹³

En función de la actividad gremial, y en cuanto que el comerciante miembro se inscribía o matriculaba en la corporación, las reglas del grupo se aplicaban a cada uno de sus socios, y servían para dirimir los conflictos entre ellos y sus clientes.

Se traza la actividad del comerciante, y surgen dos instituciones que habrían de ejercer notable influencia en el desarrollo de la nueva rama jurídica: la *matriculación*, antecedente del régimen de publicidad mercantil y del registro del comercio, y la *jurisdicción consular*, con la creación de tribunales de comercio especializados, y la atribución de una competencia propia que distinguió el procedimiento lento, complicado, formalista del derecho

¹² Cfr. Ibidem, op. cit. p. 5.

¹³ Cfr. DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. p. 6.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

civil romano, del rápido, fácil y convencional que se adaptaba a las necesidades del comercio y a exigencias no sólo jurídicas, sino también éticas.

En otro punto, el derecho especial en formación tendía a satisfacer necesidades iguales de los comerciantes, y era idéntico en las distintas ciudades; se formó por la recopilación de prácticas y usos de los mercaderes. Por todo ello surgió un derecho uniforme, estatutario, urbano, que en ocasiones era internacional. Estas características, que aún distinguen al derecho mercantil contemporáneo, diferían, sin embargo, con el derecho civil romano, adicionado por glosadores y post-glosadores.

Así, los gremios y corporaciones de mercaderes nacen en las ciudades comerciales de Italia como Amalfi y Venecia en los siglos X y XI; Pisa y Génova en el XII; Siena, Milán y Bolonia en los siglos XII y XIII. Cabe mencionar que en este siglo también en Florencia se dio la plaza bancaria más importante de Europa por mucho tiempo.

Las corporaciones consistían en un grupo de gente que se dedicaba a una actividad: forjadores, alfareros, etc.; y los comerciantes organizaron también sus comunidades, mismas que tomaron el nombre de Universidades de Mercaderes. Con su enorme auge y poderío, organizaron sus propios tribunales y se dieron sus propias leyes. Además, pagaron con su propia capacidad económica expectativas culturales, y maestros para que se les enseñaran las ciencias y las artes; transformaron a sus corporaciones en organismos de cultura y de ellas se originó el nombre de

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Universidad. La primera organización de comerciantes novo hispanos, fue la “Universidad de Mercaderes de la muy noble y muy leal Ciudad de México”, también llamada “El Consulado de México”, el cual tenía funciones múltiples; administrativamente, proveía a la protección y al fomento de la actividad comercial, construyó obras de pública utilidad, como carreteras y canales y sostuvo un regimiento. Dentro de su función jurisdiccional, era el tribunal que dirimía las contiendas entre mercaderes; y legislativamente, formuló sus propias Ordenanzas.¹⁴

En aquellos tiempos, en virtud de que las distancias eran enormes, mucha la lentitud en los medios de transporte, y sobre todo la inseguridad que reinaba en los caminos, se dio origen a las denominadas “ferias”, en donde acudían comerciantes de muchos lugares. Éstas se desarrollaron en Europa, entre las cuales podemos resaltar las ferias de la Champaña en Francia; en Italia, las de Nápoles y Florencia; y en España las de Medina del Campo. Estas ferias dispusieron un derecho uniforme denominado *Jus nundinarum*, que daba rapidez a las operaciones e impulsaba el crédito. La letra de cambio debe a estas ferias su particular desarrollo, y en la feria de Medina del Campo los jueces aplicaron un severo procedimiento contra los banqueros insolventes, situación que originó la acepción jurídica de las palabras quiebra y bancarrota.

Incluso posteriormente, como ejemplo sobresaliente, tenemos en la Nueva España la que fue la célebre feria de Acapulco, que se llevaba a cabo en ocasión de la llegada de la Nao de China.

¹⁴ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa, 1992. Pag.11

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

La característica más importante que destaca el fin de la Edad Media y los inicios de la Edad Moderna es la influencia de comerciantes, armadores y cambistas, que como consecuencia traen la ampliación y paso de nuevas rutas comerciales, y que impulsaron el crecimiento socioeconómico de Europa.

Con todos estos acontecimientos, se dictaron estatutos (Ordenanzas en España), que a su vez provocaron una colección de normas jurídicas, mismas que se codificaron en las ciudades más importantes, y que constituyen el antecedente de los códigos modernos. Los más antiguos de dichos ordenamientos que han perdurado y que muestran como hitos la evolución del derecho comercial, son los *Capitulare Nauticum* de Venecia (1255), la *tabula amafitana* (siglo XII y XIV), y los *Estatutos del Arte de Calimala*.¹⁵ El más importante en España fue el *Consulado del Mar*, aplicado por años en los puertos del Mediterráneo occidental, y destacan las *Ordenanzas de Alcalá*, las de *Burgos*, *Bilbao*, y *Sevilla*, éstas últimas son las que más dominio e influencia tuvieron en México, pues las Ordenanzas de Sevilla se convirtieron en el libro IX de las Leyes de Indias.

1.1.4 DESARROLLO EN ESPAÑA Y FRANCIA

Siendo estos países ejemplos de grandes Estados de Europa, la función legislativa de ambos se ocupó, de forma muy importante, del Derecho Mercantil y su normativización.

¹⁵ BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, 4ta. reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 13 y 14.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Desde la antigüedad, la Península Ibérica gozó de cuerpos de leyes escritas en ordenamientos locales, así como en ordenanzas y recopilaciones que reflejan las distintas influencias ejercidas sobre el derecho hispánico por el derecho justiniano, por las prácticas y costumbres de los visigodos, por el derecho canónico, y otros ordenamientos antiguos como los Roles de Olerón (siglo XII), llamados así porque contienen, en hojas de pergamino enrolladas, las sentencias de un tribunal de la isla francesa de Olerón.

Como las sentencias contenidas en los Roles de Olerón se basaban en las tradicionales costumbres del mar, tuvieron particular influencia y se vieron reproducidas en varios documentos, entre los que destacan las sentencias de la ciudad flamenca de Damne, las Leyes de Westcapelle, en Zelandia y las famosas Leyes de Wisby (de la isla de Gothland), que rigieron en los pueblos de la Liga Hanseática.¹⁶

Estos cuerpos legales hispanos -escribe Barrera Graf- no distinguieron entre derecho privado y público, y menos aún entre el derecho civil y mercantil, salvo las notables Ordenanzas de Bilbao, que sí constituyeron un ordenamiento típicamente comercial.¹⁷

Mientras se daba la dominación árabe, en el periodo de la reconquista, se dicta el Codex Visigothorum o Libro de los Jueces, mejor conocido con el nombre de *Fuero Juzgo*, que adquirió fuerza legal a partir de 1241 en que Fernando III lo decretó para la ciudad

¹⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de derecho mercantil, 4ta. reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 14

¹⁷ Cfr. Idem.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

de Córdoba, como fuero particular. Esta ley se ocupó de la materia comercial en los libros V y XI.¹⁸

La Ley de las siete partidas, es la obra célebre del derecho clásico hispánico; su preparación se inició en 1256, durante el reinado de Alfonso X, el Sabio, y comenzó a regir en 1348, bajo el reinado de Alfonso XI, quien mediante el Ordenamiento de Alcalá decretó su vigencia, así como el orden de prelación de las fuentes de derecho entonces positivo: primero, el Ordenamiento de Alcalá, segundo los Fueros Municipales, y la Ley de las Siete Partidas después.¹⁹

La partida quinta trata de las obligaciones y los contratos y es la que más alude al derecho mercantil, contiene 15 títulos, cada uno está dividido en leyes y en cada una se hace reseña de lo comercial.

La Nueva Recopilación ordenada por Felipe II dictada en 1567, fue considerada hasta 1805 como la fuente principal de aplicación en las Indias y también como fuente subsidiaria en sus colonias de América, donde predominaba el derecho Indiano. En 1805, Carlos IV decretó la vigencia de la Novísima Recopilación, que consistió en un resumen poco completo y desordenado del antiguo texto del derecho español y que destinó su libro IX a lo mercantil denominado “comercio, moneda y minas”.²⁰

¹⁸ Cfr. Idem.

¹⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de derecho mercantil, 4ta. reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 14

²⁰ Cfr. Ibidem, p. 15.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Las Ordenanzas de Bilbao, formaron una codificación mercantil exclusiva, un completo Código de Comercio, primero en su tiempo, además de que tuvieron vigencia en nuestro país hasta finales del siglo XIX, en el México independiente. Su primera versión es de 1560, se complementó un siglo después, en 1665; las nuevas, que eran mejor estructuradas y más difundidas, se terminaron en 1737 y se reafirmaron por Felipe V, con el nombre de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao.²¹

1.1.5 CODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL

Encontramos los antecedentes de los intentos por codificar este derecho en las ordenanzas de Luis XIV y de su ministro Colbert; una de ellas fue la del comercio en 1673, y la otra es la de Marina en 1681. Ambas ordenanzas sirvieron de antecedente al Código de Comercio francés de 1808.²²

Este código es consecuencia de una larga regulación del comercio terrestre y marítimo, y es uno de los cinco Códigos de Napoleón, que contribuyó a la organización y unificación del derecho mercantil de la época. Además contribuyó a transformar el derecho mercantil subjetivo que existía en torno al comerciante, en un derecho de los actos de comercio, incluida la empresa. Rafael De Pina señala que este código francés cambia radicalmente el sistema de derecho mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada, la de los comerciantes, sino como un derecho

²¹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de derecho mercantil, 4ta. reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 14

²² Cfr. idem

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio.²³

Efectivamente, esta compilación francesa es producto de la constante regulación del comercio terrestre y marítimo, y es uno de los notorios cinco Códigos de Napoleón, que unificó y ordenó todo el derecho mercantil de la época, como sucedió de igual forma con el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el de Procedimientos Criminales y el Código Penal.

La codificación comercial francesa se amplió a todos los países de tradición romanista: Italia (1819), Código de Comercio de las dos Sicilias; España (1829); Países Bajos (1838); etc.; y de los europeos pasó a los países latinoamericanos: Haití (1847); Brasil (1850); Argentina (1859); Chile (1865), etc.; y por lo que respecta a México, inconclusamente primero en el Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles (1841), y en forma completa en los tres códigos de comercio que nos han regido, de 1854, de 1884 y el vigente de 1889, que entró en vigor el 1º de enero de 1890.²⁴

Las principales características del Código Galo y en general del sistema de codificación del derecho mercantil, son comprender toda la materia mercantil de entonces y cambiar el sistema subjetivo que le daba carácter a los comerciantes por uno objetivo; regular los principales contratos mercantiles (compraventa, depósito, transporte, seguro), así como los efectos de comercio, es decir, los

²³ Cfr. DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. p. 9.

²⁴ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit. p. 16

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

títulos valor o títulos de crédito, y los tres tipos más comunes de sociedades mercantiles: sociedad anónima, sociedad en nombre colectivo y sociedad en comandita; y por último, regular en libros la quiebra y el derecho marítimo; e incluir disposiciones aplicables a los juicios mercantiles.

Es importante señalar que frente a un constante desarrollo e incremento dado en el terreno mercantil en todos los aspectos de la vida social y comercial de los seres humanos, resultó insatisfecha la unidad que existía en la materia al disponer de un solo Código. No era posible darle un carácter general a los actos de comercio, en virtud del surgimiento de las necesidades requeridas por el hombre.

Bajo estas circunstancias, se encontraron en la necesidad, desde principios del siglo pasado, de disgregar la legislación, ya que varias materias que regulaba el código de comercio y las demás que iban surgiendo empezaban a adquirir independencia y tener su propio campo de aplicación mercantil. Lo mismo ocurría en todos los países que lo habían acogido. En Francia, (como ejemplo de Europa), en 1816 (Ley del 28 de abril), se legisló acerca de las finanzas; en el año de 1866 (Ley del 13 de junio) acerca de los usos comerciales; en 1867 (Ley del 24 de julio), se dictó la ley de sociedades mercantiles, rigiendo ésta un siglo y siendo abrogada por la ley de 1966. En España, al lado del vigente código de 1885, estaba vigente la Ley de Suspensión de Pagos del 26 de julio de 1922, fungiendo como su complemento, además de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas del 17 de julio de 1951 y la Ley sobre el régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada, del 17 de julio de 1953.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Mientras tanto, en nuestro país, este fraccionamiento de la legislación mercantil se inició a partir de 1926 y sobre todo en los años 30 con la Ley Monetaria, y se produjo la existencia de más de 10 leyes vigentes y otros tantos reglamentos.

De esta forma, queda claro que con el crecimiento que se ha venido dando respecto de esta rama del derecho, no es nada fácil comprender en un solo código a las nuevas manifestaciones del comercio y el avance de la economía mundial.

1.1.6 ANTECEDENTES DEL DERECHO MERCANTIL EN MÉXICO

Es bien sabido que la calidad de comerciante en los antiguos imperios mexicanos era de singular y preciada valoración. De entre las instituciones más importantes que legaron nuestros antepasados tenemos al “tianguis”, donde se llevaban a cabo actos comerciales, se encontraban productos que provenían de lugares lejanos, y habían jueces encargados de dirimir las controversias que se produjeran en una especie de tribunal de comercio especial.²⁵

En una de las civilizaciones más importantes de nuestro México, la Azteca, existían comerciantes con el nombre de *pochtecas*, que además de su importancia en la economía de la población, contaban con influencia en la organización de la política misma, pues tenían un funcionario solemne y tribunales propios que

²⁵ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 10

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

dirimían controversias; inclusive tenían, dentro de su cultura teocrática, a su propio dios denominado Yacatecutli.²⁶

Durante la época de la Colonia, y debido al desarrollo e importancia del comercio que se iba dando al paso de los años, como mencioné en páginas anteriores, los mercaderes fundaron el 15 de junio de 1592, la Universidad de Mercaderes o bien Consulado de México, creado por la Cédula Real de Felipe II, que fue confirmada por otra cédula del 8 de noviembre de 1594. Originalmente fueron las Ordenanzas de Burgos y Sevilla las que administraron, hasta que esta universidad promulgó las suyas, aprobadas en 1604, nuevamente por Felipe II, denominándose *Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de Nueva España*; y junto con las de Bilbao, desplazaron a las primeras.²⁷

Su competencia se extendió a las provincias de la Nueva España (Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Guatemala, Yucatán y Soconusco), contemplando esquemas como cuentas de compañías, consignaciones, fletamentos, seguros, averías, riesgos, daños, quiebras, fletes y otras contrataciones.

Las funciones del Consulado de México eran variadas; administrativamente, proveía protección y fomento de la actividad comercial; asimismo, construyó obras de pública utilidad como carreteras y canales; dentro de su función jurisdiccional, se constituyó en el tribunal que dirimía las contiendas entre

²⁶ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 19

²⁷ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Derecho Mercantil*, op. cit., p. 10

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

mercaderes; y legislativamente, cabe resaltar que formuló sus propias Ordenanzas.²⁸

Por su parte, la Recopilación de Indias (Leyes de Indias), dictadas por Carlos II el 18 de mayo de 1680, rigió para las colonias españolas todas las materias jurídicas, pero respetando el orden de antelación de los textos hispanos que ya habían ordenado las Leyes del Toro en 1505, y el Ordenamiento de Alcalá. Este orden era el siguiente: primeramente el derecho indiano que comprendía las Leyes de Indias, Ordenanzas de los Consulados locales y los reglamentos de ambos; y en la última etapa de la Colonia, el Reglamento formado por el Real Tribunal del Consulado de México del 11 de agosto de 1806; y en segundo término, la Nueva Recopilación, desde 1567 hasta 1805 que fue sucedida por la Novísima Recopilación; y las Siete Partidas finalmente.

Durante la etapa final de la Colonia, Carlos III creó el Consulado de Veracruz, por Cédula Real del 17 de enero de 1795, pues dicho puerto tuvo gran auge en lo que se refiere al comercio con la metrópoli y con colonias de España en América. Otro Consulado más fue el creado el 6 de junio de 1795 en Guadalajara, formándose un tribunal que juzgaba según las Ordenanzas de Bilbao, y con la jurisdicción que correspondía a la Audiencia de Nueva Galicia. A fines del periodo colonial se organizó en Puebla un Consulado más, que no llegó a funcionar en virtud del periodo de la independencia.²⁹

²⁸ Idem

²⁹ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 20.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Durante el periodo de independencia hubo una serie de movimientos importantes, como por ejemplo, el 16 de octubre de 1824 se ordena por decreto del congreso la abolición de los consulados, y en 1826 se suprimen los tribunales de minería.³⁰

En el transcurso de los inicios de la vida independiente de nuestro país, antes del primer código de comercio de 1854, se dictaron algunas leyes sobre tópicos mercantiles, como la ley sobre el derecho de propiedad de los inventores o perfeccionadores de alguna rama de la industria, y el Reglamento y Arancel de Corredores de la Ciudad de México.³¹

Asimismo, para el gobierno de los tribunales se ordenó que mientras se formaba el Código de Comercio de la República, se arreglaran para la decisión de los negocios de su competencia a las Ordenanzas de Bilbao, en cuanto no estuvieren derogadas. Para el 26 de diciembre de 1843, se derogaron ciertas disposiciones de las mencionadas Ordenanzas con la promulgación del Decreto sobre los Libros que debiera de llevar todo comerciante y balance que debiera de hacer.

El 31 de diciembre de 1853, se dictó la Ley de Bancarrotas, que se basaba en los Códigos francés de 1808 y español de 1829.

En 1854 se promulga el Código de Lares, por Teodosio Lares, quien fuese Ministro de Justicia, Negocios Eclesiásticos e

³⁰ Cfr. Ibidem, p. 21

³¹ Cfr. Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de derecho mercantil, 4ta. reimpresión, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 21

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Instrucción Pública del último gobierno de Antonio López de Santa Anna; esta legislación fungió como nuestro primer Código de Comercio, y entró en vigor el 27 de mayo del mismo año. Sus modelos fueron el Decreto de 1841, una Ley para la Administración de Justicia en los Negocios de Comercio del Estado de Puebla del 20 de enero de 1853, y además el Código de Comercio español de 1829, de Sáinz de Andino. De estas dos leyes en cuestión, se conservó la lista de los negocios mercantiles en los que el carácter de comerciante se sustituía por el objeto, los actos o negocio.³²

Al cabo de seis meses de haber entrado en vigor el Código de 1854, se interrumpió su vigencia, debido al triunfo de la Revolución de Ayutla, y con la Ley dictada por don Juan Álvarez sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Federación del 23 de noviembre de 1855, se suprimieron los tribunales especiales como los de comercio, excepto los eclesiásticos y militares, quedándose así sólo los comunes, conociendo estos jueces de los negocios de comercio y minería. Además se restituyeron las Ordenanzas de Bilbao.

En la época imperialista de nuestro país se restableció su vigencia el 15 de julio de 1863; ya con Benito Juárez en la presidencia y por consiguiente la restauración de la República, este Código estuvo en vigor en la mayor parte de los Estados de la República Mexicana, excepto en la parte relativa al establecimiento del tribunal mercantil.

³² MANTILLA MOLINA, Roberto, Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, México, p. 15

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Por otra parte, en uso de las facultades que la Constitución de 1857, al igual que la de 1824, concedía a los estados para legislar en materia de comercio; por decreto del 24 de junio de 1868, la legislatura poblana declaró aplicable el Código de Lares, con excepción de los preceptos que pugnarán con la Constitución Federal.

La facultad de legislar en materia de comercio se confirió al Gobierno Federal a consecuencia de la reforma que se hizo a la fracción X del artículo 72 de la Constitución, el 14 de diciembre de 1883. El derecho mercantil dejó de ser de carácter local.

Con esta reforma se elaboró con carácter federal un nuevo Código de Comercio, que comenzó a regir el 20 de junio de 1884, dictado por el Presidente Manuel González, basado en dos Proyectos previos hechos en los años 1869 y 1880, además de la reforma constitucional antes mencionada (1857).

Dentro de su artículo 13 señalaba que los actos mercantiles eran aquéllos que constituyen una operación de comercio o sirven para realizar, facilitar o asegurar una operación o negociación comercial, además de que contenía una lista de operaciones mercantiles, algunas quizá reproducidas actualmente. Reglamentó también diversas instituciones de derecho industrial, como propiedad mercantil o sea la propiedad inmaterial sobre patentes, créditos, aviamento, marcas de fábrica, nombres mercantiles, etcétera.³³

³³ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 27.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

El Código de 1884, fue posteriormente sustituido por una nueva legislación mercantil, que actualmente se ha sostenido sólo en una pequeña parte debido a diversas modificaciones, y es la que se promulgó el 15 de septiembre de 1889 y que entró en vigor el 1º de enero de 1890.

Con el transcurso del tiempo, se han creado leyes especiales que van derogando las del Código de 1890, algunas materias que son reguladas posteriormente por éstas, o bien que han sido modificadas; sin embargo, aún perdura parcialmente, pues conserva los elementos primordiales del derecho mercantil, como el artículo 3º de nuestro Código de Comercio vigente, que se refiere a quiénes son considerados comerciantes; o el artículo 75 del Código de Comercio que nos indica cuáles actos la ley estima de comercio.

1.2 ACTOS DE COMERCIO

Debemos comenzar por definir al acto de comercio, y en este sentido, citando al Mtro. Tena Ramírez diría que:

“El acto de comercio serán los actos que pertenecen a dicha industria y habrán de consistir en operaciones de interposición o mediación, por las que se adquiere de una persona para transmitirlo a otra, un bien en donde se ve que el concepto de interposición son dos operaciones diversas: una inicial de adquisición y otra final de enajenación, siendo tan comercial la una como la otra, puesto que ambas se hallan ligadas entre sí por un vínculo lógico, estrechísimo por la unidad del propio intento económico. Se infiere que el acto de comercio es ante todo un acto jurídico, ya que para adquirir y

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

enajenar necesita el comerciante entrar con otras personas en relaciones de derecho”.³⁴

No obstante lo anterior, derivado de la gran cantidad de actos mercantiles que emanan del sistema legislativo, se ha complicado mucho poder dar una definición general que los alcance a todos ellos. El ejemplo claro de ello lo apreciamos en nuestro derecho mercantil, como en el Código de Comercio, que en su artículo 75 establece aquellos actos que la ley reputa como de comercio; algunos de ellos pueden ser en función de los sujetos que los realizan, ya sean comerciantes o empresarios, como sería el contrato de transporte, o bien pueden ser actos en función de la especulación de quien los realiza, o actos de empresa, etc. Sin embargo, esto no significa que sea la única disposición al respecto, pues también se hallan manifestaciones sobre la mercantilidad de determinados actos en el artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en otras codificaciones económicas.

Para obtener una valoración adecuada y mejor comprensión de los actos de comercio, éstos se deben clasificar en grupos, comenzando por los actos principales, es decir, los elementos propios del acto o negocio jurídico en general y que son el consentimiento y la capacidad del sujeto, objeto del acto, su finalidad y la forma en que se manifestó la voluntad de las partes; y en segundo término, manifestar la mercantilidad de otros actos por su relación con otros o por ser accesorios de éstos.

³⁴ TENA, Felipe de Jesús, Derecho Mercantil Mexicano, con Exclusión del Marítimo, S.E., México, 1998, p. 20.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Como en el derecho mercantil se da implícito el derecho del comercio y éste a su vez comprende a los sujetos (comerciantes o empresarios), las cosas mercantiles y la actividad mercantil, en donde se encuentran los actos de comercio; también hay que distinguir que la propia ley no los absorbe a todos, pues algunos a pesar de tener una categoría comercial, materialmente no establecen precisamente la actividad mercantil. Esto significa que el ordenamiento mercantil no es únicamente el regulador de los actos comerciales.

En este sentido, existen dos sistemas para determinar los actos de comercio: el objetivo, que dice que un acto será mercantil, es decir, acto de comercio, cuando sea llevado a cabo por un comerciante, y el otro sistema es el subjetivo, donde los actos serán mercantiles de acuerdo a sus caracteres específicos, cualquiera que sea quien los lleve a cabo.

La primera clasificación obedece a que en el nacimiento del derecho mercantil se regulaba al comerciante en el ejercicio de su actividad. A partir del Código de Comercio francés de 1807, la normatividad mercantil fue alcanzando un carácter objetivo, en virtud de regular los actos comerciales sin considerar a la persona que los realiza. En nuestro tiempo, la legislación tiende a ordenar el derecho mercantil con una valoración profesional y subjetiva, pues se encarga de regular precisamente la actividad de empresarios o comerciantes.

Según la opinión del maestro Rafael de Pina Vara, nuestro Código de Comercio adopta en esta materia un sistema mixto,

aunque predominantemente objetivo. Algunos de los actos de comercio que regula derivan su mercantilidad de sus propias características, en sí y por sí, sin importar la calidad de la persona que los lleva a cabo; otros actos, en cambio, tienen el carácter de mercantiles precisamente por la circunstancia de ser realizados por un comerciante, esto es, por la consideración de la calidad de la persona que los ejecuta.³⁵

1.2.1 TEORÍA SOBRE EL ACTO DE COMERCIO

A partir de la Revolución Francesa, se pretendió que el derecho mercantil se basara en el acto de comercio.

Ciertamente el acto de comercio no encuentra un concepto unitario y esencial por parte de ningún tratadista; es necesario observar los criterios que éstos han seguido para tratar de encontrar una generalidad y uniformidad en el acto de comercio. Algunos creen descubrir la esencia de los actos en su carácter oneroso, por ser actos que producen la circulación de los bienes y por el carácter especulativo de los actos.

Un acto como con el que se incurre con un título de crédito es mercantil porque así lo dispone la legislación; obviamente su mercantilidad es real, y lo único que indica es que habrá actos de comercio que no sean necesariamente onerosos, ni motivadores de un proceso circulatorio, ni especulativos.³⁶

³⁵ DE PINA VARA, Rafael, Elementos del Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. pp. 22 y 23.

³⁶ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 502.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Algunos doctrinarios han tratado de encontrar la esencia del acto de comercio en la intermediación en el cambio. Esta tesis confunde el acto de comercio con la función de intermediación en el cambio; pero no todos los actos que se encuentran en la ley clasificados como mercantiles son necesariamente actos de intermediación, ejemplo de ellos es la constitución de una sociedad, la firma de un título de crédito, la constitución de un fideicomiso, etcétera.

Ahora bien, de igual manera algunas doctrinas pretenden conceptualizar al acto de comercio como acto ejecutado en masa por las empresas mercantiles. Los llamados actos en masa son por lo general de carácter lucrativo. Pero no todos los actos de comercio forzosamente son ejecutados a través de empresas o son actos masivos.

Otros actos que pueden también constituir elementos de una actividad comercial o materia del comercio son aquéllos de carácter no voluntario o no encaminados a producir efectos del derecho, actos fortuitos o casuales, así como los afines con la actividad comercial o que sean imputables o consecuencia de ellos.

1.2.2 ACTO DE COMERCIO EN EL DERECHO GERMÁNICO, ITALIANO Y FRANCÉS

Una de las vertientes del derecho que no contempló al Código de Napoleón fue la correspondiente al derecho germánico. Según su disciplina, son actos de comercio los que el comerciante ejecuta en el desarrollo de su actividad de comercio, mientras que códigos con influencia francesa siguen el sistema de la enumeración y para

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

éstos los actos de comercio se clasifican en dos grupos: los actos de comercio absolutos o por su naturaleza, que son aquéllos que no importa quién los realice, o si quien los realiza son o no comerciantes, serán actos de comercio de cualquier manera; y tenemos también a los actos de comercio por relación, que son aquéllos que se figuran mercantiles por ser llevados a cabo por comerciantes.

Para 1942, en el Código Civil italiano se relacionaron la normas civiles y mercantiles para unificarlas en materia de obligaciones y contratos, y al extinguirse la distinción formal se anuló la categoría jurídica del acto de comercio dando paso a la empresa y al empresario.

Es entonces que debido a que no se puede reunir en una percepción única y universal a los actos de comercio de las diversas disposiciones que tenemos, se dice que el acto de comercio no puede ser definido, y que el jurista sólo debe analizar aquellos actos que el legislador califica de comerciales. Es necesario decir que debido a la categoría formal de los actos, en algunos países los que son actos mercantiles puede que no lo sean en otros.

1.2.3 LOS ACTOS MIXTOS

La mayoría de los actos de comercio son bilaterales, esto es, contratos; y una de las partes que intervienen en su realización es la que lleva a cabo un acto de comercio, en cuanto su pretensión sea especulativa; y la otra parte, por lo general, efectúa un acto civil, mas no mercantil.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

A estas transacciones se les denomina mixtas, reglamentadas en el artículo 1050 del Código de Comercio y que a la letra dice:

Artículo 1050: cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a la leyes mercantiles.

Como podemos observar, esta clase de actos son regulados por el derecho mercantil, pero previamente a que el artículo quedara tal y como lo describe el Código de Comercio vigente, tenía otra redacción en donde se decía que estos litigios se regularían dependiendo de la posición que tuviera la parte demandada en un proceso que se diera en relación con dicho acto, de naturaleza mercantil para alguna de las partes y civil para la otra.

1.2.4 ACTOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Un elemento importante que marca la distinción entre los contratos comerciales de los civiles es la onerosidad y el lucro; sin embargo, esto no implica que los contratos gratuitos también puedan quedar comprendidos dentro del derecho mercantil. Una muestra sería en el caso de una sociedad cooperativa o un contrato de donación cuando quien lo realiza fuera una empresa y sus operaciones se hicieran en relación y con motivo de la finalidad de ésta.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Considero importante distinguir entre el carácter oneroso de un acto, de una relación jurídica o de un contrato, de su carácter lucrativo. La onerosidad trae aparejada correspondencia de provechos entre las partes, esto es, un efecto de carácter bilateral (en los contratos de cambio) o plurilateral (en las sociedades), es lo opuesto a la gratuidad en que el provecho no existe o sólo es para alguna de las partes; por otro lado, el carácter lucrativo se refiere al fin del negocio o de la relación, que implica una intención o propósito de obtener ganancias, un lucro, por alguna de las partes (contratos bilaterales), o por las dos (las sociedades).

Según lo propios tratadistas resulta importante hacer esta distinción, porque a veces nos podemos encontrar con situaciones jurídicas que son onerosas, pero no lucrativas, pues no componen ni buscan una especulación comercial; esto es, que no tratan de obtener una ganancia o beneficio propio o principal como su actividad cotidiana. Muestra de ello son las sociedades cooperativas y mutualistas que no tienen como propósito el lucro; o de cualquier otro tipo de sociedad mercantil que adquiera tal calidad por el solo hecho de constituirse como una sociedad mercantil.

1.2.5 ACTOS ACCESORIOS Y CONEXOS

En oposición con los actos principales de los cuales posteriormente veremos su clasificación, la naturaleza de los actos de comercio accesorios y conexos es aquella cuyo carácter mercantil depende de la relación de un acto a otro u otros principales de carácter comercial. Esta vinculación puede existir como accesoria de una acción mercantil, o bien puede ser como

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

ligada a la actividad propia de los comerciantes (individuales y colectivos) y los empresarios en función de sus empresas.

El primer razonamiento de la vinculación de los actos corresponde a los actos de comercio accesorios como son los enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio en sus fracciones XII, XIII y XVII y son las “operaciones de comisión mercantil”, las de “mediación en los negocios mercantiles” y “depósitos por causa de comercio”. En el caso del segundo razonamiento nos referimos a los actos de comercio conexos o relacionados con la actividad del comerciante, o de su negociación o empresa, como los enunciados en las fracciones V a XI, XXI y XXII del anteriormente mencionado artículo y modelo de esto tenemos los contratos de coaseguro y reaseguro. Los primeros pueden ser ajenos al hecho de ser comerciante el o los individuos que realizaron el acto de comercio principal, en tanto que los segundos presumen el actuar de un comerciante o un empresario y plantean la suposición de ser mercantiles, excepto que se compruebe que el acto o actos relativos son ajenos a la finalidad del sujeto y al ejercicio del comercio por el comerciante, o que se trata de actos o negocios “de naturaleza esencialmente civil” (art. 75 frac. XXI Código de Comercio) como serían la aparcería civil o la renta vitalicia entre otros.

Otra manera de distinguir a los actos accesorios y conexos es que la conexión se da en relación a la actividad comercial y no con un negocio específico, y porque a diferencia de la accesoriedad, no presume una dependencia de tal naturaleza que la nulidad, la

invalidez, la extinción de la relación principal arrastre de la relación accesoria: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

1.2.6 ACTOS DE COMERCIO LÍCITOS E ILÍCITOS

Dentro del derecho mercantil podemos observar disposiciones acerca de la ilicitud de ciertos actos celebrados en torno a una función comercial. En este caso se observarán sanciones que se establezcan en el ordenamiento legal respectivo, que unas veces serán sanciones de carácter civil como daños y perjuicios, o intereses moratorios, y en otros casos de carácter mercantil, como lo que establece el artículo 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles acerca de la nulidad de las sociedades y su liquidación si éstas tienen un objeto ilícito o ejecutan actos ilícitos habitualmente; otra clase de sanción puede ser administrativa respecto a multas o la destitución de cargos públicos; y otros que finalmente constituyen delitos genéricos o específicos dentro del derecho mercantil, algunos de ellos pueden ser la responsabilidad civil en que incurren los administradores y comisarios de las sociedades anónimas como lo disponen los artículos 156 al 162 y 169 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; el libramiento de cheques sin fondos según el artículo 193 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; la ejecución de actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil que haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos (quiebra culpable), o lo referente a la quiebra fraudulenta.

1.2.7 ACTOS DE COMERCIO PRINCIPALES

Ahora bien, dentro de este rubro cabe señalar a la primera clasificación de los actos de comercio principales, la cual se divide en actos en masa o en serie y en actos ocasionales o aislados.

De manera general, podemos decir que los actos en masa son los que se realizan interrelacionados con la organización y explotación de las empresas, los cuales se suceden cotidiana y continuamente, y que constituyen una conducta indispensable dentro de una negociación o empresa, bien sea por parte de su titular, del empresario, y/o de su personal. Los segundos actos son ocasionales y toman naturaleza mercantil por alguna nota propia y particular del acto en sí, como lo es el hecho de la especulación mercantil, o el que tengan como finalidad una cosa de comercio, y esto es lo que los distingue de los actos civiles.

Actualmente existe un enorme desarrollo empresarial que obviamente se vincula mucho con nuestro derecho mercantil; muestra de ello es que la mayoría de las fracciones del artículo 75 del Código de Comercio se refieren a la empresa ya sea en forma directa o indirecta, y en otras de ellas se comprenden diversas clases de negociaciones. Existen también, como ya lo hemos mencionado, otras disposiciones al respecto no incluidas en el Código de Comercio, como otra forma de actividad mercantil que se desarrolla casi de forma privilegiada por empresas (actividades petroleras y mineras, cooperativas), además de ciertas operaciones relacionadas con títulos de crédito que también son actos de empresa, como ocurre en la emisión de obligaciones, de certificados de participación, de conocimientos de embarque, o con

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

la transferencia masiva –bursátil- de acciones, y las nuevas formas de transacciones bancarias y crediticias, como las transferencias de fondos por medios electrónicos.

Así como existen estos actos realizados por las empresas, ya mencionamos que también existen actos ocasionales o aislados, pues son en los que no interviene la empresa ni la actividad de un comerciante o un empresario, y que usualmente son calificados como mercantiles y resulta necesario mantenerlos en la esfera comercial para evitar que al dejarlos completamente en la civil se regulen por una gran cantidad de ordenamientos locales; ejemplos de algunos de ellos son: compras de consumo, endoso, emisión, prestación de servicios, etcétera.

Anteriormente se expresó que los actos de comercio principales se clasifican en función de los elementos del negocio jurídico; primero el sujeto (consentimiento y capacidad), el objeto (cosa que sea materia de la obligación), la causa (finalidad del acto o de la actividad) y la forma (tipo o esquema elegido). En este sentido tenemos cuatro categorías de los actos de comercio: por el sujeto o sujetos que intervienen en su celebración (comerciantes profesionales o accidentales, empresarios); por su objeto, es decir, porque el bien sobre el que recaiga el acto o el negocio, sea una cosa mercantil (los buques o títulos valor); porque su finalidad sea comercial (por ejemplo la intención lucrativa, organización y explotación de una empresa); o porque se asuma la forma o el tipo de un acto o de un negocio comercial (sociedades mercantiles).³⁷

³⁷ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p 75.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

A) Actos de comercio por el sujeto. Quien realiza el acto o interviene en el contrato es el empresario o el comerciante, y puede ser determinante para conceptuar algunos actos de comercio como las operaciones de bancos, (la mercantilidad de estos actos se desprenderá de que quien los realice sea un comerciante), salvo que se trate de actos esencialmente civiles, administrativos, laborales, etcétera.

La fracción XXIII del artículo 75 Código de Comercio, trata acerca de la enajenación por el agricultor de los productos de su finca o cultivo; y esta disposición queda descartada de la categoría de actos de comercio por el sujeto, pues ni el propietario ni el cultivador son sujetos del derecho mercantil, además de ser una operación de carácter civil. Asimismo, esta fracción contradice lo estipulado en el artículo 4º del Código de Comercio al referirse que los actos de enajenación del agricultor, sólo serán mercantiles en el caso de que establezcan un almacén o tienda y en ella vendan los productos obtenidos de su finca o cultivo; también, por otro lado, porque su actividad es extraña al conocimiento legal de comercio y corresponde al conocimiento civil y agrario; y por último porque es opuesta a los historiales legislativos mercantiles (Código de Comercio de 1854 en su artículo 218 y el de 1884 en su artículo 14), así como a legislaciones extranjeras (Código de Comercio de 1882 italiano), ya que éstos son antecedentes y sirvieron de base a la actual redacción del artículo 75 del Código de Comercio.

B) Actos de comercio por el objeto. La mercantilidad de estos actos se deriva del objeto sobre el que recae la voluntad de las

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

partes, por lo que en esta categoría se comprenden a las negociaciones sobre cosas mercantiles, esto es, buques, empresas, títulos de crédito, patentes y **marcas**, el nombre comercial, el emblema, el rótulo y demás signos distintivos de mercancías o del establecimiento, las partes sociales, las **cartas** de porte, la póliza de fletamento, la póliza de **seguros**, etc.

Igualmente se comprenden todos los contratos relativos a la navegación, interior y exterior y, por último, las operaciones sobre **petróleo** y **gas**.

C) *Actos de comercio por su finalidad.* Éstos son, como ya lo hemos venido exponiendo, el tercer grupo de actos de comercio por el fin o causa (especulación y organización de una empresa), y que es la categoría más adecuada y más propia del derecho mercantil, se advierten los relacionados con el tráfico y la intermediación especulativa comercial *stricto sensu* (artículo 75 fracción I y II Código de Comercio); y los relativos a la industria, es decir, los actos de empresa (artículo 75 fracciones V a XI, XVI); esta categoría también puede incluir a los depósitos en almacenes generales (artículo 75 fracción XVIII), en cuanto estén constituidos como empresas o negociaciones.³⁸

D) *Actos de comercio por su forma o por el tipo social.* Por apropiarse de un “tipo” de negocio propio y característico de la materia del derecho mercantil, son actos de comercio destinados a constituir una sociedad de las que señala el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y una Sociedad Nacional de Crédito, y también ciertos actos atinentes al funcionamiento de los

³⁸ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 77

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

órganos sociales, como los acuerdos de las asambleas o de las juntas de consejo de sociedades comerciales, que son actos jurídicos especiales –actos procedimiento- cuyo carácter mercantil o civil se desprende de que tal naturaleza (comercial o civil) tenga la sociedad de que se trate.

Asimismo, existe otra categoría de actos de comercio por conexión con otro principal, o por accesión, es decir, accesorios a otros actos principales. En este sentido también estos actos podrían referirse a los anteriores actos de comercio por su forma o tipo social.

Ahora bien, de una manera muy general podemos decir que la enumeración de los actos de comercio se encuentra regulada en el artículo 75 del Código de Comercio, en la inteligencia de que esto no es exclusivo de esta disposición como ya lo he estado observando.

Es necesario que de manera más específica aludamos a enumerar los actos de comercio que considero mas significativos y que la ley reputa como mercantiles, que aunque ya los he expuesto anteriormente, ahora se presenten a manera de listado para efectos más claros.

Son actos de comercio:

Compraventa

Es el contrato por virtud del cual una persona llamada vendedor se obliga a entregar una cosa o a documentar la

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

titularidad de un derecho a otra llamada comprador, quien como contraprestación, se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, y que produce el efecto traslativo respecto de los bienes que sean materia del contrato.³⁹

- 1) Las adquisiciones y enajenaciones verificadas con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, de artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural o después de trabajados o labrados (art. 75, frac. I, Código de Comercio).
- 2) Las compras y ventas de bienes inmuebles, verificadas con propósito de especulación comercial (art. 75, frac. II, Código de Comercio).
- 3) Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles (art. 75, frac. III, Código de Comercio).
- 4) La enajenación que el propietario o cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo (art. 75, frac. XXIII, Código de Comercio).

En general, son actos de comercio las compraventas que se efectúen con el propósito directo y preferente de traficar (art. 371, Código de Comercio) y las que tengan por objeto cosas mercantiles.

Permuta

Se refiere a aquel contrato por virtud del cual una de las partes se obliga a entregar una cosa o a documentar la titularidad de un derecho a la otra parte contratante, quien

³⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 2002, p. 109

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

como contraprestación se obliga a entregar otra cosa diversa o a documentar la titularidad de otro derecho a la primera y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.⁴⁰

La permuta es mercantil y por ende acto de comercio con las justificaciones que impone su naturaleza, en los mismos supuestos que la compraventa. (art. 388, Código de Comercio).

Arrendamiento

Es aquel contrato por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o el uso y goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto.⁴¹

También se entiende como los alquileres efectuados con propósito de especulación, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías (art. 75 frac. I, Código de Comercio).

El arrendamiento de bienes inmuebles queda regido siempre por el derecho civil, pues su naturaleza es fundamentalmente civil.

Cesión

Contrato por virtud del cual el titular de un derecho llamado cedente lo cede, gratuita u onerosamente a otro llamado cesionario, sin modificar la relación jurídica.⁴²

⁴⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 2002, p 151

⁴¹ Ibidem, p. 193

⁴² Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, Ed. Oxford, México, 2002, p. 57.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

La cesión de créditos mercantiles que no sean al portador ni endosables. (art. 389 Código de Comercio)

Comisión

Es aquel contrato por medio del cual una persona llamada comisionista se obliga a ejecutar por cuenta de otra llamada comitente, los actos concretos de comercio que éste le encarga.

Operaciones de comisión mercantil (art. 75 frac. XII, Código de Comercio).

Mediación o Corretaje

Es aquel contrato en virtud del cual una persona llamada comitente encarga a otro llamado mediador que le informe de la ocasión u oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero llamado mediatario o que le sirva de intermediario en esta conclusión, realizando las oportunas gestiones para conseguir el acuerdo de voluntades encaminado a su realización a cambio de una retribución.⁴³

Las operaciones de mediación en negocios mercantiles (art. 75, frac. XIII, Código de Comercio).

Préstamo

El Contrato de préstamo o mutuo es aquel mediante el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero

⁴³ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 545

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.⁴⁴

El préstamo, cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan precisamente a actos de comercio, se presume mercantil, así como aquél que se contrae entre comerciantes (art. 358 Código de Comercio).

Transporte

Es aquel contrato por medio del cual una persona llamada porteador se obliga, mediante una retribución o precio, a trasladar cosas o personas de un lugar a otro.⁴⁵

El contrato de transporte se reputa mercantil:

- 1) Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio.
- 2) Cuando siendo cualquiera su objeto sea comerciante el porteador o se dedique habitualmente a verificar transportes al público (art. 576 Código de Comercio).

Depósito

Contrato por virtud del cual el depositario se obliga con el depositante a recibir de éste un bien mueble o inmueble, así como a cuidarlo y restituirlo cuando aquél se lo indique, quien a su vez suele obligarse a retribuir al primero por dicha guarda.⁴⁶

Serán mercantiles:

⁴⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Contratos, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 364

⁴⁵ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit., p. 217

⁴⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil Contratos, op. cit., p. 499

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

- 1) Los depósitos por causa de comercio (arts. 75 frac. XVII y 332 Código de Comercio).
- 2) Los depósitos de cosas objeto de comercio (art. 332 Código de Comercio).
- 3) Los depósitos en almacenes generales (arts. 75 frac. XVIII Código de Comercio y 1º Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Seguros

Contrato por virtud del cual la empresa de seguro se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar al asegurado, una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el mismo.⁴⁷

Se consideran mercantiles los contratos de seguro de toda especie, siempre que se hubieren realizado por empresas (art. 75, frac. XVI, Código de Comercio).

Crédito y banca

Contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a

⁴⁷ Cfr. DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit., p. 225

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.⁴⁸

- 1) Las operaciones de banca y crédito son, en general, de naturaleza mercantil (arts. 75 frac. XIV, Código de Comercio y 1º ley general de títulos y operaciones de crédito):
- 2) *Operaciones de crédito*: a) Reporto (arts. 1º y 259 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); b) Descuento de créditos en libros (arts. 1º y 288 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); c) Apertura de crédito (arts. 1º y 291 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); d) Cuenta corriente (arts. 1º y 302 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); e) Carta de crédito (arts. 1º y 311 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); f) Crédito confirmado (arts. 1º y 317 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); g) Crédito de habilitación o avío (arts. 1º y 321 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); h) Crédito refaccionario (arts. 1º y 323 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).
- 3) *Operaciones bancarias*: a) Depósito bancario de dinero (arts. 1º y 267 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); b) Depósito bancario de títulos (arts. 1º y 276 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); c) Operaciones de depósito de ahorro; d) Operaciones

⁴⁸ Artículo 291 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

fiduciarias: fideicomiso (arts. 1º y 381 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito); e) Servicios bancarios.

Títulos de crédito

Son aquellos documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.⁴⁹

- 1) Los actos, contratos y operaciones que tengan por objeto títulos de crédito (art. 75 fracs. III, IV y XVIII Código de Comercio).
- 2) La emisión, expedición, endoso, aval, aceptación y las demás operaciones que se consignen en los títulos de crédito (art. 75, fracs. XIX y XX Código de Comercio, 1º Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Operaciones bursátiles

Son aquellas compraventas de valores cotizables efectuadas en bolsa con la mediación de un intermediario bursátil, y que se encuentran reguladas por la Ley del Mercado de Valores.

Sociedades mercantiles

En este rubro, se consideran mercantiles todos los actos relativos a la constitución, funcionamiento, modificación, disolución, liquidación, fusión y transformación de sociedades mercantiles, los cuales estarán regulados por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Contrato de asociación en participación

⁴⁹ Art. 5 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Es aquél por medio del cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, el cual se encuentra regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 252.

Empresa

Es aquella universalidad de hecho, constituida por un conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, coordinados para la producción o el intercambio de bienes y servicios destinados al mercado general.⁵⁰

En este sentido, serán mercantiles aquellos actos relativos a la organización, explotación, traspaso o liquidación de empresas como lo son:

- 1) Abastecimientos y suministros (art. 75, frac. V, Código de Comercio) .
- 2) Construcciones y trabajos públicos (art. 75 frac. VI, Código de Comercio).
- 3) Fábricas y manufacturas (art. 75, frac. VII, Código de Comercio).
- 4) Transporte de personas o cosas (art. 75, frac. VIII, Código de Comercio).
- 5) Turismo (art. 75, frac. VIII, Código de Comercio).
- 6) Librerías, editoriales y tipografías (art. 75, frac. IX, Código de Comercio).
- 7) Comisiones (art. 75, frac. X, Código de Comercio).

⁵⁰ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 495

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

- 8) Agencias (art. 75, frac. X, Código de Comercio).
- 9) Oficinas de negocios comerciales (art. 75, frac. X, Código de Comercio).
- 10) Establecimientos de ventas en pública almoneda (art. 75, frac. X, Código de Comercio).
- 11) Empresa naviera (art. 16 Ley de Navegación).

En forma usual debe incluirse a toda clase de empresas, con lo que se amplía de forma sorprendente la materia mercantil.

Comercio marítimo

Están considerados como actos de comercio todos aquellos contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior (art. 75, frac. XV, Código de Comercio; y Ley de Navegación):

- 1) Contrato de fletamento (arts. 95 y siguientes de la Ley de Navegación).
- 2) Contrato de transporte de mercancías por agua (arts. 98 y siguientes, Ley de Navegación).
- 3) Contrato de transporte de pasajeros por agua (arts. 106 y siguientes, Ley de Navegación).
- 3) Contrato de remolque transporte (art. 110, Ley de Navegación).
- 4) Contrato de seguro marítimo (regulado por los artículos 222 y siguientes de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo).

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Por el contrario, según disposición del artículo 76 del Código de Comercio, no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

En la fracción XXV del artículo 75 del Código de Comercio se establece que serán actos de comercio cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en esa ley. Por ellos entendemos que la anterior enumeración de ninguna manera posee un carácter limitativo o restringe a los actos comerciales.

Los tribunales se han dado a la tarea de calificar como actos de comercio a otros que no se encuentran dentro de las fracciones del citado artículo, como son los grandes almacenes, las clínicas y laboratorios, los colegios, y como también serían las empresas de prestación de cualquier servicio (hospedaje, deportivo, recreativo, etc.) con la condición de que se den los supuestos de la empresa y la organización de factores económicos, que realiza el empresario, para la oferta de bienes o de servicios al mercado.

La analogía constituye, un criterio de interpretación de la norma comercial, pero también un método de integración y complementación del sistema de nuestro derecho mercantil.⁵¹

La analogía opera en lo tocante a los actos, contratos o instituciones contenidos y enumerados en la ley, así como respecto a ciertos servicios de carácter especulativo, como las actividades

⁵¹ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 78.

que ciertas empresas realizan diferentes a las enumeradas como comerciales en el artículo 75 del Código de Comercio, y también la analogía opera en relación con la regulación especial de actos y contratos de ciertas empresas como sería el caso de la transmisión de la negociación como unidad que sólo se encuentra en la Ley de Navegación, pero que se debe aplicar a todo traspaso de cualquier negociación.

1.3 OCUPACIÓN ORDINARIA DEL COMERCIO

Para poder establecer una relación comercial es necesario que intervenga el comerciante, pues es el sujeto propio y característico del derecho mercantil desde su nacimiento, ya que surge en torno suyo para la protección y defensa de sus intereses, y como una rama jurídica subjetiva y profesional, y lo siguió siendo después cuando en el Código de Comercio de 1808 cambió el criterio y ese carácter subjetivo, por el objetivo del acto de comercio. Pero el derecho mercantil no fue ya, ciertamente, el derecho de los comerciantes, sino de actos, de la actividad (actos en masa), pero realizados por comerciantes.⁵²

Consecutivamente el comercio ha gozado de un apogeo enorme alrededor de la empresa sobre la actividad comercial de intermediación, y al considerarla se hace referencia necesaria y esencialmente a la actividad de su titular, al empresario, es decir, al comerciante; esto pues, no representa que se pueda prescindir del comerciante en sí, en sus actividades ordinarias, ya que el derecho mercantil mexicano, es aún derecho de los actos de comercio, pese a la progresiva importancia que las legislaciones mercantiles dan a

⁵² Ibidem, p. 157.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

la tendencia empresarial que se desarrolla día a día en los países del mundo. Debemos pues, no olvidar la gran importancia de los actos de comercio llevados a cabo en nuestro país, que no necesariamente tienen que ser hechos por un empresario.

“El comerciante sería, solamente, un empresario, y dejaría de serlo quien ejerciera una actividad comercial o industrial, pero sin organizar ni valerse de una empresa; es decir, ya no serían comerciantes los ambulantes, los puesteros, los tenderos, que existen y funcionan a lo largo y ancho del territorio nacional”.⁵³

No debemos pues olvidar al comerciante, ya que el derecho mercantil nació como un derecho profesional, es decir, un derecho de y para los comerciantes, un razonamiento que sigue vigente en la doctrina y en las legislaciones, aunque a través de la empresa.

1.3.1 LOS SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL

Como se desprende del análisis realizado en líneas anteriores, el comerciante es una de las figuras más importantes del derecho mercantil.

Anteriormente, el Código de Comercio, en su artículo 40, ahora derogado, mencionaba que son sujetos del derecho mercantil los comerciantes. También lo son las personas que accidentalmente realizan alguna operación de comercio, aunque no tengan establecimiento fijo y, por tanto, se encuentran sujetas a la legislación mercantil.

⁵³ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p.158.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Por razón del comerciante se determina la naturaleza mercantil de muchos actos, ya que nuestro Código de Comercio considera comerciales a una gran diversidad de eventos en cuanto que son realizados por comerciantes.

Para Rafael De Pina, “en el lenguaje común y corriente se conoce como comerciantes a las personas que negocian comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías. Es decir, a aquellas personas que realizan operaciones de compraventa o de permuta, con propósito de lucro”.⁵⁴

Mientras que desde el punto de vista jurídico son comerciantes tanto las personas que acostumbradamente realizan operaciones de compraventa o permuta como las personas que se dedican a actividades completamente distintas, hasta de carácter industrial o agrícola. Por ello nuestro Código de Comercio en su artículo 75 al que tanto nos hemos referido nos señala como actos de comercio a los realizados por: Las empresas de construcciones, las de fábricas y manufacturas, de transporte de personas o cosas, las editoriales y tipográficas, las de turismo, de espectáculos públicos, etc., estas actividades son llevadas a cabo por personas que no son de manera común y corriente los comerciantes, pero que de igual forma son considerados por la ley como tal.

El artículo 3º del Código de Comercio establece que se consideran comerciantes:

⁵⁴ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, op. cit. p. 45.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

- I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;*
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y*
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.*

Como se aprecia, al tratar a los comerciantes como personas físicas, esta normatividad establece un criterio objetivo al determinar que serán comerciantes quienes de manera frecuente realicen actos de comercio, es decir, que hagan del comercio su ocupación habitual. Tratándose de sociedades mercantiles mexicanas las estima comerciantes pues se constituyen de acuerdo al derecho mercantil, independientemente si llevan a cabo de manera habitual actos de comercio, mientras que a las sociedades extranjeras se les exige que realicen esos actos de comercio dentro del territorio nacional.

El artículo citado del Código de Comercio enuncia sólo una categoría de los que se pueden considerar sujetos del derecho mercantil mexicano, una segunda sería la establecida en el artículo 4º del mismo ordenamiento acerca de los comerciantes accidentales; la tercera de ellas son los empresarios de carácter público, y finalmente una cuarta categoría que son los comerciantes anómalos.

Vale la pena mencionar las otras tres categorías para posteriormente explicar con detalles lo que se establece en el

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

artículo 3º del Código del Comercio; primeramente nos referiremos a los comerciantes accidentales a los que hace mención el artículo 4º. Esta disposición señala que las personas que accidentalmente hagan alguna operación de comercio, con o sin establecimiento fijo, se sujetarán a las leyes mercantiles. Dentro de esta categoría, que comprende principalmente a las personas físicas, estarían los labradores o agricultores que tengan planteados almacenes o tiendas en alguna localidad para el expendio de sus cosechas, y su carácter accidental dependerá de la naturaleza estacional de esa cosecha. En ese mismo artículo se le otorga igual carácter a los fabricantes, pero esto es un error, en cuanto a los productos ya elaborados de su industria, porque ellos, independientemente de que establezcan almacén o tienda, e independientemente de que vendan ahí o no sus productos industriales, son comerciantes plenos, ya que hacen del comercio su actividad ordinaria, y por lo tanto no debería contemplarse en esta disposición.

Respecto a los empresarios de carácter público, nos referimos a otras personas que no son comerciantes, ya que esta acepción obedece al derecho privado, y éstos son el Estado y sus órganos (empresas descentralizadas o de participación estatal), cuando hagan del comercio una ocupación ordinaria.

Finalmente tenemos a los comerciantes anómalos – irregulares-, y dentro de esta categoría se encuentran las siguientes situaciones fuera de orden:

1. La falta de capacidad plena para ejercer el comercio. Aquí se comprenden primero los casos del menor que hereda o que por

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

actos entre vivos gratuitos, adquiere una negociación mercantil y que como consecuencia sobreviene titular de ella (empresario), como se establece en el artículo 556 del Código Civil; en este supuesto también se alcanza lo referente a los menores emancipados por voluntad del padre o por matrimonio, esto establecido en el artículo 435 y 641 del anterior Código citado, respectivamente. Como tercera hipótesis están los quebrados no rehabilitados que a pesar de la prohibición legal ejercen el comercio (art. 12 frac. II, Código de Comercio); y finalmente están los corredores, que si bien realizan actos de comercio, consistentes en operaciones de mediación de negocios mercantiles (art. 75 frac. XIII, Código de Comercio), lo hacen siempre por cuenta ajena; pues bien, al ejercerlas se convertirían en comerciantes anómalos y como tales pueden caer en quiebra.

2. Los que ejercen actividades de comercio que les están prohibidas legalmente, como sería el ejemplo del artículo 12 frac. I y III del Código de Comercio.

3. Quienes ejerzan el comercio como actividad ordinaria en contra de principios morales y de buenas costumbres, como podrían ser los funcionarios públicos de altos cargos.

Habiendo dejado una concepción de las categorías de comerciantes que tenemos, entraremos de lleno a analizar el artículo 3º del Código de Comercio, que para nuestra materia es la clasificación legal más substancial y elemental.

1.3.1.1. EL COMERCIANTE, PERSONA FÍSICA. CAPACIDAD

Son comerciantes las personas físicas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria. (Art. 3º, frac. I, Código de Comercio).

El concepto comerciante deriva de comercio, y éste del latín *commercium*, de *cum*, que significa con y *merx*, que significa mercancía, el que comercia con mercancías.⁵⁵

De esta definición legal encontramos los requisitos necesarios para adquirir la calidad de comerciante: tener la capacidad legal para ejercer el comercio, y hacer del comercio su ocupación ordinaria.

Del primer requisito debemos aclarar ciertos aspectos. No se está aludiendo a una capacidad de goce (o sea, la capacidad general para adquirir bienes y derechos), que corresponde a cada uno de nosotros, conforme a las disposiciones del derecho Civil. La capacidad legal a que se refiere el artículo 3º, no es la capacidad de goce, sino de ejercicio, en virtud de ser la capacidad para actuar como comerciante, consistente en tener la aptitud de celebrar y ejecutar actos y negocios jurídicos y exigir su cumplimiento, así como de responder directa y personalmente, por medio del apoderado que el comerciante designe, o de representante legal nombrado, ante la contraparte o terceros de dicho cumplimiento.

La capacidad es pues sólo una y por lo tanto no admite grados, se es capaz o se es incapaz. Por ello no se puede confundir

⁵⁵ QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, Ciencia del Derecho Mercantil, op. cit., p. 104

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

la capacidad con la legitimación para actuar. Esto lo reflejamos en lo que anteriormente citamos acerca de los comerciantes irregulares; pero en este caso únicamente a las incompatibilidades establecidas en el artículo 12 del Código de Comercio, y son:

I. Los corredores. Son capaces pero no están legitimados para ejercer el comercio, pues son auxiliares del mismo, son mediadores.

II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados. Por estar quebrados son incompatibles con el ejercicio del comercio, pero de cualquier forma son capaces procesalmente.

III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad. El peculado, el cohecho y la concusión. Aun y con estos delitos, los afectados pueden ejercer por sí mismos todos sus derechos personales, hasta los de contenido patrimonial. Es por ello que se les otorgó como lo establecimos anteriormente el carácter de comerciantes irregulares.

Mientras que los extranjeros se sujetarán al artículo 13 del Código de Comercio que dice que serán libres para ejercer el comercio según los tratados de sus naciones y la disposición de las leyes que dispongan los derechos y obligaciones de los mismos, aquí viene implícito lo de su situación migratoria de la cual dependerá la autorización para ejercer actividades comerciales.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Esto es debido a que en nuestro artículo 33 constitucional se establece que los extranjeros tienen derecho a las garantías constitucionales que otorga la misma, lo cual sobreviene entonces en el artículo 5º de la misma Constitución acerca de que también ellos tienen derecho a dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícito, igual que los nacionales.

Es importante decir que día a día se ha ampliado la participación extranjera en la economía y comercio mexicano, proporcionándole más facilidades para la inversión, en forma legal y administrativa. Ejemplo de ello es la Ley de Inversión Extranjera, que cumple con lo anteriormente establecido. Entonces, según la disposición legal del artículo 14 del Código de Comercio, los extranjeros comerciantes se sujetarán a lo dispuesto en la legislación de México, en todos los actos de comercio en los que intervengan.

Anteriormente, el Código de Comercio establecía que la mujer casada que quisiera dedicarse al ejercicio del comercio debía de tener autorización del cónyuge (artículos 8º, 10 y 11 derogados el 6 de enero de 1954); ahora se encuentra en igualdad de condiciones para comerciar, además de ser una disposición de carácter común, por estar establecida en el artículo 2º del Código Civil (capacidad jurídica igual para el hombre y la mujer).

Tanto el hombre como la mujer casados, dispone el artículo 9º del Código de Comercio, pueden hipotecar sus bienes raíces para seguridad de sus obligaciones mercantiles y comparecer en juicio sin necesidad de licencia del otro cónyuge, cuando el matrimonio se

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

rija por el régimen de separación de bienes. En el régimen de sociedad conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciantes podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad, ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.

De acuerdo a la definición legal de comerciante, éste tendrá esta calidad cuando haga del comercio su ocupación ordinaria, es decir, dedicarse de manera profesional al ejercicio del comercio. Esto no quiere decir que deba ejercer el comercio exclusivamente y no otra actividad. Cualquier persona que se dedique por ejemplo, en nuestro caso, a la abogacía, puede a la vez ser dueño de una tienda de abarrotes. De igual modo tampoco se puede decir que por el hecho de que una persona realice consecutivamente actos de comercio adquiera el título de comerciante.

Según opina el maestro Raúl Cervantes Ahumada, para que una persona pueda adquirir la calidad de comerciante, lo que se requiere es ser titular de una empresa mercantil, ya que actualmente el comercio sólo puede ejercerse a través de una empresa que produzca o adquiera bienes u organice prestaciones de servicios destinando tales bienes y servicios al mercado general; considera entonces que sólo es comerciante el titular de una empresa mercantil si tiene capacidad para ejercer el comercio.

El mismo jurista nos hace mención del pequeño comerciante, aunque no cuenta con establecimiento, pues generalmente es ambulante; en un concepto estricto sí es comerciante; pero aunque el Código no lo excluye de las obligaciones propias de los

comerciantes, la costumbre mercantil y las leyes fiscales sí lo hacen. “Para ser comerciante en el sentido moderno de la expresión, le faltaría la empresa mercantil”.⁵⁶

1.3.1.2 CARÁCTER HABITUAL DEL COMERCIO. OCUPACIÓN ORDINARIA

Como hemos expuesto con anterioridad acerca de la definición de comerciante señalada en el Código de Comercio, se alude a la idea de que el comerciante deberá hacer del comercio su ocupación ordinaria, y ejercerlo en forma habitual o profesional.

Ocupación ordinaria; es decir, común, regular, habitual, que reclama no accidental u ocasionalmente la actividad del individuo, sino de modo constante y continuado; y no porque la serie de sus actos rechace toda material solución de continuidad, sino porque habiéndose propuesto el sujeto un fin constante de su vida (temporal o no), al que permanentemente encamina una gran parte de sus actos, éstos siempre estarán ligados entre sí por la unidad de intención, aunque se miren separados en el espacio y en el tiempo.⁵⁷

Repetición o reiteración de actos. Es lo que se llama *realizar actos en masa o ejercer el sujeto una actividad*. Esto es lo que caracteriza y define a una persona como comerciante, y en su mayoría, como un empresario. El Mtro. Roberto Mantilla Molina observa que si bien es cierto, que comerciante es quien tiene una negociación mercantil, pues lo será tanto el que la tiene como el

⁵⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 34.

⁵⁷ TENA, Felipe de J., Derecho Mercantil Mexicano con Exclusión del Marítimo, op. cit., p.159.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

que no, mientras realice actos de comercio especulativos en forma sistemática, repetida y prolongada.

El acto ocasional y el acto aislado, por ejemplo, la compra de un artículo de consumo, no atribuye a la persona que la realiza calidad de comerciante; en cambio, el proveedor, sí es comerciante porque realiza varias ventas; el porteador, por efectuar varios transportes; el banquero, el asegurador, el comisionista porque celebran y participan en múltiples contratos mercantiles de cada una de esas especies.⁵⁸

Carácter homogéneo de los actos. Significa que además de tener que ser repetidos, los actos también deben ser homogéneos, es decir, similares; asimismo, los bienes y las mercancías que constituyan el objeto de esos actos o negocios deben tener un destino parecido, contener un fin especulativo de la negociación.

Carácter especulativo. La acción del comercio que realiza el comerciante debe tener preponderantemente carácter especulativo. El objeto de este ejercicio es obtener un lucro para el comerciante, una utilidad al producir bienes y prestar servicios. Aunque existen actos de comercio no lucrativos, éstos no son los que conforman al derecho mercantil y tampoco determinan la calidad del comerciante individual.

Actividades distintas del comerciante. Como ya lo dijimos anteriormente, no necesariamente tiene que ser el comercio la única y principal actividad del comerciante; aunque la actividad

⁵⁸ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 166.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

tenga que consistir en hacerlos reiterada y repetidamente no implica su completa dedicación, éste puede ser un profesionalista o un empleado, pero no forzosamente consagrarse al comercio.

Actividades permanentes y periódicas. De igual manera la actividad del comercio no tiene que ser una ocupación permanente y constante; puede ser periódica o temporal, dependiendo de una serie de circunstancias que se le presenten al comerciante y de lo que mejor le convenga.

Actividades a nombre propio. La actividad que realiza el comerciante debe hacerse a nombre propio, debe ostentarse como tal para efectos de asumir los riesgos y de igual forma obtener los beneficios de su comercio; que figure su personalidad jurídica. Pero no es indispensable que éste participe materialmente en el negocio, pues puede nombrar a un mandatario para que actúe en su nombre y que lo represente.

1.3.2 OBLIGACIONES DEL COMERCIANTE

1.3.2.1 ANUNCIO DE LA CALIDAD MERCANTIL

Dentro de los deberes del comerciante individual y del empresario tenemos el publicar su estado y sus relaciones, mantener internamente orden y dar cuenta y razón de ellas a terceros.

Encontramos estos deberes en el Título Segundo, Capítulo I, artículo 17 del Código de Comercio, que establece que los comerciantes tienen el deber:

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

I. De participar en la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos, en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsables mercantiles; esta información dará a conocer el nombre del establecimiento o despacho, su ubicación y objeto; si hay persona encargada de su administración, su nombre y firma; si hay compañía, su naturaleza, la indicación del gerente o gerentes, la razón social o denominación y la persona o personas autorizadas para usar una u otra, y la designación de las casas, sucursales o agencias, si las hubiere.

II. De dar parte, en igual forma, de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes referidas.

De acuerdo con el criterio del jurista Felipe de J. Tena, con el cual estamos de acuerdo, el contenido de esa disposición es inútil pues sugiere que la misma no tiene sanción alguna que asegure su observancia, y que de ese modo su cumplimiento dependerá de la buena voluntad del comerciante. Es decir, las sanciones que son propias de la obligación como vínculo jurídico no se dan en este caso, es decir, no conlleva daños y perjuicios.

Por otro lado, el maestro Mantilla Molina considera que:

“La obligación legal de publicidad, característica del sistema mexicano, tiene gran interés para terceros, y no debe desaparecer sino ser perfeccionada. Sólo por medio de ella quienes contratan

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

con un comerciante permanecen al tanto de los principales actos que afectan su negociación, e incluso, de cuando deja de ser propietario de ella. A tal efecto, es insuficiente el Registro Público de Comercio, ya que no es posible estar consultándolo para conocer los cambios que en él se inscriban, y que podrían llegar al público a través de un adecuado sistema de publicidad”.⁵⁹

La publicidad de esta calidad mercantil es tanto un medio de dar a conocer los actos, los hechos y la actividad mercantil, como un instrumento necesario para oponer a terceros, al público en general, ciertas situaciones jurídicas, cuando ellas se hacen públicas por medio de su inscripción en los registros, y sobre todo en el Registro Público del Comercio.

1.3.2.2 EL REGISTRO MERCANTIL

La segunda obligación establecida en la anteriormente citada fracción II del artículo 16 del Código de Comercio, es la de inscribir los documentos cuyo tenor y autenticidad deban hacerse notorios en el Registro del Comercio; esto se debe a que son situaciones de dominio público, son cosas que interesan no sólo al comerciante mismo, sino a los terceros que con él contratan, y en último de los casos, a la circulación de la riqueza y prosperidad económica social.

Los antecedentes de la regulación del Registro están en México desde el Decreto de Organización de Fomento y Tribunales Mercantiles, de Santa Anna en 1841, que regulaba la matrícula del comerciante e imponía la matriculación tanto del giro como de la persona, de la escritura de compañía bajo la que giran las

⁵⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, op. cit., p. 136.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

sociedades mercantiles, de los establecimientos mercantiles del matriculado, y de los bienes dotales o extradotales de la mujer del matriculado.

El Código de Comercio de 1884 dedicaba un capítulo al registro de documentos, arts. 44 a 53, y enumeraba seis clases de éstos en el art. 45; como único efecto de la falta de registro establecía que se considerará como motivo para declarar fraudulenta la quiebra, siempre que los bienes del comerciante no bastaren para cubrir sus deudas; por otro lado, limitaba el carácter público del Registro, puesto que si bien ponía de manifiesto los documentos a todo el que lo pretendía, prohibía expedir testimonios a terceros, si no era a virtud de mandamiento judicial dictado con citación de la parte interesada.⁶⁰

Ahora bien, hemos mencionado en donde se hace la inscripción, en el Registro Público del Comercio, y su reglamentación se encuentra en el artículo 18 Código de Comercio; según esta disposición, se inscribirán en esta institución los actos mercantiles, así como aquéllos que se relacionen con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran; es decir, solamente deben inscribirse, para que tengan los efectos que son propios del registro, los hechos, los actos, documentos y personas (físicas o morales) que las leyes indiquen en forma expresa.

Anteriormente el artículo 19 del mismo ordenamiento, señalaba que esta inscripción era potestativa para los comerciantes individuales y de carácter obligatorio para las sociedades

⁶⁰ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, op. cit., p. 180.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

mercantiles, y que cuando algún comerciante presentara para su registro algún documento, el registrador procedería de oficio, a registrar al comerciante. Pero como esta norma generalmente no se cumplía, fue derogada.

Por su parte el artículo 20 de la misma normatividad mercantil, establece que el Registro Público de Comercio contará con un programa informático y una base de datos interconectada con las bases de datos de sus dependencias en las demás entidades federativas, además de contar con un respaldo electrónico, con lo que se realizará la captura de datos, así como su almacenamiento, seguridad, cuidado, consulta, reproducción, administración, verificación y transmisión de la información.

El programa informático se establecerá por la Secretaría de Economía, y las bases de datos y este programa serán propiedad del Gobierno Federal. Asimismo, la Secretaría será quien establecerá los formatos, libres de reproducción, así como los datos, requisitos y demás información para realizar las inscripciones, anotaciones y avisos, que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación.

Quienes estén a cargo de las oficinas del Registro tendrán, por disposición del artículo 20 bis del Código de Comercio las atribuciones siguientes:

- I. Aplicar las disposiciones relativas al Registro de Comercio, en el ámbito de la entidad federativa correspondiente:

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

- II. Ser depositario de la fe pública registral mercantil, para cuyo ejercicio se auxiliará de los registradores de la oficina a su cargo;
- III. Dirigir y coordinar las funciones y actividades de las unidades administrativas a su cargo para que cumplan con lo previsto en el Código de Comercio, el reglamento respectivo y los lineamientos que emita la Secretaría;
- IV. Permitir la consulta de los asientos registrales que obren en el Registro, así como expedir las certificaciones que le soliciten;
- V. Operar el programa informático del sistema registral automatizado en la oficina a su cargo, conforme a lo previsto en el propio ordenamiento, el reglamento respectivo y los lineamientos que emita la Secretaría;
- VI. Proporcionar facilidades a la Secretaría para vigilar la adecuada operación del Registro Público de Comercio; y
- VII. Las demás que se señalen en el propio respectivo del Código de Comercio.

Para la inscripción de cada comerciante o sociedad, señala el artículo 21 del Código de Comercio, existirá un folio electrónico en el que se anotará:

- I. Su nombre, razón social o título.

Estos datos son de suma importancia, tanto por los efectos de la publicidad registral (conocimiento por parte de tercero), como por los negativos (la omisión del registro no es oponible a terceros de buena fe). En la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

artículo 6º, que enumera los requisitos de la escritura constitutiva de una sociedad, se señala en la fracción III que se deberá poner el nombre de las sociedades: “razón social o denominación”. A ambas formas de llamar a las sociedades se refiere la fracción I, así como al nombre de pila y al apelativo de los comerciantes que se registren.

II. La clase de comercio u operaciones a que se dedique;

III. La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones;

IV. El domicilio, con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el Registro del partido judicial en que estén domiciliadas;

V. Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sea su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión, disolución o escisión de las mismas sociedades.

Las escrituras de constitución de las sociedades, de sus modificaciones, la rescisión y disolución de éstas, deberán constar ante notario conforme a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley General de Sociedades Mercantiles; asimismo, esos documentos deberán haberse inscrito en el Registro Público del Comercio, a fin de darles publicidad. Por otro lado, si las modificaciones de la sociedad no se inscriben no producirán perjuicio a terceros pero éstos si podrían ejercer acción a su favor. Finalmente, en el art. 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se señalan las causas de disolución parcial (con respecto a un socio), y en este supuesto no se exige la inscripción; pero si la rescisión del contrato de un

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

socio trae consigo la cancelación de la sociedad sí se deberá inscribir, en cuanto esto suponga una modificación a los estatutos.

VI. El acta de la primera junta general y documentos anexos a ella, en las sociedades anónimas que se constituyan por suscripción pública:

VII. Los poderes generales y nombramientos, y revocación de los mismos, si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores, dependientes y cualesquiera otros mandatarios.

Esta fracción hace referencia a una representación, y en el caso de los factores a la dirección que éstos tengan de alguna empresa o establecimiento de fábrica o comercial, y cuenten con autorización para contratar respecto a todos los negocios de estos establecimientos o empresas, en nombre y por cuenta de los propietarios. (Art. 309, Código de Comercio, párrafo primero). Se trata de una representación general.

Esta fracción, se limita a los actos representativos mercantiles como la comisión, los nombramientos de gerentes y factores, el mandato mercantil y no civil, o los poderes para asuntos civiles, laborales, fiscales o administrativos, sean generales o especiales pero sin que incluyan actos de comercio.

VIII. Derogada;

IX. La licencia que un cónyuge haya dado al otro en los términos del segundo párrafo del artículo 9º.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Recordemos que esta disposición establece que se debe solicitar autorización al otro cónyuge si uno de ellos quiere disponer de los bienes de la sociedad conyugal, siempre y cuando se encuentren casados bajo el régimen de sociedad conyugal.

X. Las capitulaciones matrimoniales y los documentos que acrediten alguna modificación a las mismas.

De acuerdo al artículo 179 del Código Civil Federal, las capitulaciones son los pactos que los esposos celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar la administración de éstos en uno y en otro caso. Es por ello que esta fracción X nos señala que se aplicará sólo si los cónyuges, o uno de ellos es comerciante y que concede también al cónyuge no comerciante, y a quien tenga derecho de recibir alimentos del cónyuge comerciante, la facultad de anotar o inscribir los documentos en que consten las capitulaciones y sus modificaciones. Según el art. 27 del Código de Comercio, si el comerciante no hiciere la anotación o inscripción, serán inoponibles en contra de los terceros, pero sí lo serán para el otro cónyuge, ya que éste no es tercero y sí es parte.

XI. Los documentos justificativos de los haberes o patrimonio que tenga el hijo o el pupilo que estén bajo la patria potestad, o bajo la tutela del padre o tutor comerciantes;

XII. El aumento o disminución del capital efectivo en las sociedades anónimas y en comandita por acciones.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Generalmente cuando el capital social varía en las sociedades se dan modificaciones en el contrato social; por lo tanto esta fracción se aplicará cuando los aumentos o disminuciones requieran cambios en el contrato al ser el señalamiento al capital de la sociedad un elemento que debe estar contenido en los estatutos de la misma.

XIII. Derogada;

XIV. Las emisiones de acciones, cédulas y obligaciones de ferrocarriles y de toda clase de sociedades, sean de obras públicas, compañías de crédito u otras, expresando la serie y número de los títulos de cada emisión, su interés y amortización, la cantidad total de la emisión, y los bienes, obras, derechos o hipotecas, cuando los hubiere, que se afecten a su pago. También se inscribirán con arreglo a estos preceptos las emisiones que hicieren los particulares.

Esta disposición se refiere a aquellas emisiones de acciones que están destinadas para aumentar el capital fijo o variable de la sociedad y se realiza con la intención de dar publicidad justamente a la referida emisión.

XV. Derogada.

XVI. Derogada.

XVII. Derogada.

XVIII. Derogada.

XIX. Las fianzas de los corredores.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Por su parte en el artículo 21 Bis-1 se señala que se dará preferencia, en el caso de que dos o más actos se refieran a un mismo folio mercantil electrónico, al primero según el número de control que otorgue el registro, sea cual sea la fecha de su constitución.

Las inscripciones se harán en las oficinas del Registro Público de Comercio del domicilio del comerciante; sólo en el caso de bienes raíces o derechos reales se hará además en la oficina correspondiente a la ubicación de estos bienes, salvo que exista disposición contraria. Estos actos que se inscriben deberán constar en instrumentos públicos otorgados ante notario o corredor público; en resoluciones y providencias judiciales o administrativas; y en documentos privados ratificados. En el caso de las sociedades extranjeras, para que puedan llevar a cabo su inscripción, deberán confirmar su constitución de acuerdo a su normatividad de origen y estar autorizadas para comerciar.

Efectos de la inscripción. El efecto de la publicidad consiste en que todos sean conocedores de las inscripciones de los comerciantes, sus actos y negocios. El adecuado registro de los documentos que la ley exige que se registren, radica en que a virtud de su inscripción también será conocido por terceros y producirán efecto legal desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados. Por el contrario un efecto negativo derivaría del hecho de no inscribir los documentos que debían inscribirse y conforme a lo dispuesto en el artículo 27 Código de Comercio, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren, y no podrá producir

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

perjuicio a tercero, el cual si podrá aprovecharse de ellos en lo que le fuere favorable.

El hecho de poder tener conocimiento de los actos y hechos inscritos constituye un derecho de los terceros o particulares; éstos pueden acceder a las bases de datos, previa autorización de la Secretaría de Economía, y solicitar las certificaciones respectivas haciendo las erogaciones convenientes y con la respectiva solicitud hecha por escrito con los datos necesarios, como la mención del folio mercantil electrónico correspondiente. (Art. 30 y 30 Bis, Código de Comercio).

Otro efecto lo comprendería el haber tenido pleno conocimiento de los hechos inscritos; en este caso no se podría alegar ignorancia de los actos que debían registrarse y que efectivamente sean registrados, cosa que no sucedería en el supuesto de los actos cuya inscripción no sea obligatoria, como puede ser un acuerdo al que llegue la asamblea que no tenga carácter coercitivo de inscripción. Es por ello que el hecho de que un acto sea registrado y otro no, no implica que el primero tenga más valor o contenido, son sencillamente iguales y válidos.

1.3.2.3 CONTABILIDAD MERCANTIL

En la época romana se crearon los libros de contabilidad mercantil, llamados *codex acdepti et expensi*, que registraban los ingresos y egresos.⁶¹

⁶¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 326

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Conforme a la fracción III del artículo 16 del Código de Comercio, los comerciantes están obligados a mantener un sistema de contabilidad, ya que muchas de las operaciones que lleva a cabo el comerciante no se consuman inmediatamente, pues puede ser a plazos, además de que la contabilidad permite saber el costo de los productos y el precio al cual deberán de ser vendidos para obtener utilidad, el monto de los créditos, el monto de las utilidades y de las pérdidas, etc.

Llevar una correcta contabilidad, deriva de una norma de técnica comercial, cuya inobservancia acarrea, normalmente, el fracaso de la negociación o del comerciante. Cabe destacar que dicho fracaso o quiebra tiene graves repercusiones económicas para terceros, afectando a otros comerciantes y, de modo indirecto, a la sociedad entera. De aquí que la norma técnica se transforme en norma jurídica y que la ley imponga a los comerciantes el llevar una cuenta de sus operaciones, no tanto en beneficio de cada comerciante a quien tal deber se le impone, como para precaver a los demás comerciantes, y a toda la colectividad, contra el peligro que representa la imprevisión y el desorden de uno de sus miembros.⁶²

En este caso la contabilidad servirá para establecer si los acontecimientos que originaron la quiebra son imputables o no al comerciante, o bien a otros incidentes. Además, es importante decir que al llevar una correcta contabilidad el comerciante deja constancia de la existencia del acto y del documento.

⁶² MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, op. cit., p. 149.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

El Mtro. Felipe de J. Tena opina que “los registros del comerciante, o para llamarlos con su propio nombre, los libros de comercio, pueden servirle de eficaces instrumentos de prueba, tanto más ventajosos, cuanto que la celeridad y multiplicidad de las operaciones mercantiles requieren un sistema de pruebas rápidas y sencillas, y no pueden serlo más las que resulten de un breve asiento en el libro respectivo”.⁶³

En nuestro Código de Comercio se establece en el precepto del artículo 33 la obligación para el comerciante de llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado, mediante los instrumentos, recursos y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características peculiares del negocio, pero en todo caso debiendo satisfacer los siguientes requisitos mínimos:

- a Que permita identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas;
- b Que permita seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa;
- c Que permita la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio;
- d Permitirá conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales; y

⁶³ TENA, Felipe de J., Derecho Mercantil Mexicano, con Exclusión del Marítimo, op. cit., p. 176.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

- e Que Incluya sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y para asegurar la corrección de las cifras resultantes.

Para poder llevar a cabo ese registro de contabilidad, cualquiera que éste sea, se deberá llevar un “libro mayor”, y en el caso de las personas morales, un libro o libros de actas. El requisito que deben cubrir los libros es que estén debidamente encuadernados, empastados y foliados, con la opción de poderlos encuadernar *a posteriori*, dentro de los tres meses al cierre del ejercicio.

Además, la disposición contenida en el artículo 37 del mismo ordenamiento, señala, bajo pena de multa, que los libros se lleven en castellano, aun siendo extranjero el comerciante.

En el libro mayor, se debe registrar por lo menos una vez al mes y como mínimo los nombres o designaciones de las cuentas contables, su saldo al final del periodo de registro inmediato anterior, el total de movimientos de cargo o crédito a cada cuenta en el periodo y su saldo final. Asimismo, se podrán llevar libros mayores particulares por oficinas, segmentos de actividad o cualquier otra clasificación, pero en todos los casos deberá existir un libro mayor general en el que se concentren todas las operaciones de la entidad.

En ese mismo sentido, el comerciante tiene el deber de tener archivados todos los comprobantes originales de sus operaciones,

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

para conveniencia del registro, debiendo conservarlos por un plazo de diez años mínimo.

Al mismo tiempo, los libros de contabilidad cumplen una función probatoria, una de ellas es solicitando su exhibición y la otra de comunicación. La primera, consiste en el examen que se practique en el lugar en que habitualmente se guarden o se conserven los libros o en donde acuerden las partes, con la limitación de ser sólo para las cuentas o partidas que estén relacionadas ya sea por petición de parte o de oficio, y obviamente para quien tenga interés o responsabilidad en el asunto; y la segunda, es la entrega o reconocimiento de los libros, documentos, comprobantes, etc., en los casos de sucesión universal, liquidación, dirección o gestión comercial, ya sea por cuenta de otro o por quiebra.

1.3.2.4 CONSERVACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA

La última fracción del artículo 16 del Código de Comercio señala que los comerciantes están obligados a la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro de los mismos.

Con relación a las cartas, telegramas y otra clase de documentos y copias que reciban los comerciantes en lo concerniente a su giro o negocio, tienen el deber de archivarlos adecuadamente. Asimismo, las copias de cartas, telegramas y demás documentos que reciban y expidan los comerciantes que no estén incluidas en el párrafo anterior, el archivado se integrará con copias obtenidas por medios mecánicos, fotográficos o electrónicos

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

que permitan su reproducción posterior íntegra y en los casos necesarios que también permitan su consulta.

Los originales de las cartas, telegramas, mensajes de datos u otros documentos en que se establezcan contratos, convenios o compromisos y de éstos nazcan derechos y obligaciones se conservarán por los comerciantes por un mínimo de diez años.

En caso de presentación o conservación de los originales hechos en mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta.

En lo tocante a la presentación en juicio, los tribunales podrán decretar ya sea de oficio o a petición de parte que se presenten las cartas que se relacionen con el litigio, además de que se cotejen de las respectivas copias las que se hayan escrito por los litigantes, fijándose de antemano por la parte que las solicite, las que hayan de ser reproducidas o copiadas.

1.3.2.5 AUXILIARES MERCANTILES

No es posible que un mismo comerciante realice de manera aislada la actividad comercial; por ello requiere de la colaboración y apoyo de auxiliares mercantiles que ejerzan una actividad con el objeto de apoyarlo en su ocupación.

Los auxiliares mercantiles son las personas que auxilian al comercio y a empresas comerciales en general, o bien, de manera

particular a un comerciante o empresario, respecto a las actividades propias de la negociación, a través de contratos de prestación de servicios que celebran con el titular del negocio.⁶⁴

El empresario necesita de múltiples elementos personales que lo socorran de forma temporal o permanente, conservando los auxiliares su independencia o volviéndose dependientes del empresario en su actividad de comercio. Es por ello que existen dos clases de auxiliares: los dependientes o auxiliares del comerciante y los auxiliares independientes o auxiliares del comercio.

1.3.2.5.1 AUXILIARES DEPENDIENTES

A) *Los factores.* El artículo 309 del Código de Comercio, dice que “todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores y dependientes”. Además este precepto nos muestra que se les denomina factores a los que tengan la dirección de alguna empresa o establecimiento fabril o comercial, o estén autorizados para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichos establecimientos o empresas, por cuenta y en nombre de los propietarios de los mismos.

En este sentido, el factor se encarga de la administración de una empresa mercantil fungiendo como apoderado, negociando y contratando a nombre de sus principales, celebrando contratos a nombre de los principales y sus bienes. Pero siempre que los contratos que se celebren por los factores incurran sobre objetos del giro o tráfico de que están encargados, se entenderá que fueron hechos por cuenta del principal, incluso cuando el factor no haya

⁶⁴ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil. op. cit., p. 212.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

expresado esto al celebrarlos, hayan violado sus facultades o cometido abuso de confianza. El principio de representación tácita en materia comercial, se contiene en el artículo 11 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que establece que quien haya dado lugar, con actos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está facultado para suscribir en su nombre títulos de crédito, no podrá invocar la excepción de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales.

En consecuencia, las condiciones que el principal establezca a las actividades desempeñadas por el factor que sean encontradas a la naturaleza de sus funciones sólo originarán efectos entre principal y factor, y no afectarán a los terceros de buena fe que contraten con el factor.

B)Los dependientes. El artículo 309 del Código de Comercio, señala que los dependientes son los que desempeñen constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico, en nombre y por cuenta del propietario de éste.

Son dependientes, (en sentido específicamente restringido) los encargados de realizar materialmente con el público los negocios propios de un giro mercantil, los que venden al público la mercancía, los cajeros, los despachadores o entregadores de la mercancía, etc..⁶⁵

⁶⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil, op. cit., p. 293.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Los dependientes pueden realizar su labor en el establecimiento del principal, o bien pueden ofrecer la mercancía fuera de la negociación mercantil y en plazas distintas a la ubicación del negocio, a estos últimos se les denomina dependientes viajantes y están autorizados con cartas u otros documentos para gestionar negocios o hacer operaciones de tráfico, obligando a su principal dentro de las atribuciones expresadas en los documentos que los autoricen.

Los dependientes encargados de vender estarán autorizados para cobrar el importe de las ventas y extender los correspondientes recibos a nombre de los principales, siempre que las ventas sean en almacén público y al por menor, o siendo al por mayor, se hayan verificado al contado y el pago se haya hecho en el almacén.

Al igual que los factores, los dependientes no pueden delegar su cargo sin autorización expresa, además de que se rigen por la Ley Federal del Trabajo, que en su artículo 285 nos indica: “Los agentes de comercio, de seguro, los vendedores, viajantes, propagandistas o impulsores de ventas y otros semejantes, son trabajadores de la empresa o empresas a las que presten sus servicios, cuando su actividad sea permanente, salvo que no ejecuten personalmente el trabajo o que únicamente intervengan en operaciones aisladas”.

1.3.2.5.2 AUXILIARES INDEPENDIENTES

A) *Corredores*. El título tercero del libro primero de nuestro Código de Comercio, artículos 51 al 74, anteriormente estaba

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

dedicado a los corredores, pero fue derogado por la Ley Federal de Correduría Pública (LFCP), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1992, cuyo objeto es precisamente regular la función del corredor público.

En esta ley no se observa una definición precisa de lo que es un corredor público, sino que se desprende de las funciones que va marcando el artículo 6º de la LFCP, mientras que el Reglamento de la Ley Federal de Correduría Pública dispone en su artículo 2º que corredor o corredor público es el particular habilitado por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía, para desempeñar las funciones que previene la Ley y el propio reglamento.

Pues bien, los corredores precedentemente sólo realizaban actividades de mediación en negocios; para 1970 se le adicionaron las funciones de perito y fedatario. Con la Ley Federal de Correduría Pública (LFCP) se le suman las de asesor jurídico y de árbitro.

De acuerdo con el antes mencionado art. 6º de la LFCP, a los corredores públicos corresponde: a) Actuar como agente mediador, para transmitir e intercambiar propuestas entre dos o más partes y asesorar en la celebración o ajuste de cualquier contrato o convenio de naturaleza mercantil; b) Fungir como perito valuador, para estimar, cuantificar y valorar los bienes, servicios, derechos y obligaciones que se sometan a su consideración, por nombramiento privado o por mandato de autoridad competente; c) Asesorar jurídicamente a los comerciantes en las actividades propias del

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

comercio; d) Actuar como árbitro, a solicitud de las partes, en la solución de controversias derivadas de actos, contratos o convenios de naturaleza mercantil, así como las controversias que resulten entre proveedores y consumidores; e) Actuar como fedatario público para hacer constar los contratos, convenios, actos y hechos de naturaleza mercantil, excepto en tratándose de inmuebles, así como en la emisión de obligaciones y otros títulos valor; en hipotecas sobre buques, navíos y aeronaves que se celebren ante él, y en el otorgamiento de créditos refaccionarios o de habilitación o avío, de acuerdo con la ley de la materia; f) Actuar como fedatarios en la constitución, modificación, fusión, escisión, disolución, liquidación y extinción de las sociedades mercantiles y en los demás actos previstos en la Ley General de Sociedades Mercantiles; y g) Las demás funciones que le señalen las leyes o reglamentos. Las anteriores funciones se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes y no es exclusiva de los corredores públicos.

Ahora bien, a pesar de que los corredores realizan una actividad comercial no se pueden considerar totalmente como comerciantes. Barrera Graf opina que “el corredor es un comerciante (puesto que puede quebrar), tal carácter no es normal y propio, por lo que, en rigor, se trata de un comerciante anómalo, ya que le está prohibido comerciar por cuenta propia, o sea, mantener una actividad lucrativa de comercio distinta y ajena a las operaciones de mediación”.⁶⁶

⁶⁶ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil. op. cit., p. 228

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

En adición a lo anterior, el artículo 12, frac. I del Código de Comercio, es claro al referir que los mismos no pueden ser estimados como comerciantes.

Para ser corredor se requiere, según el artículo 8º LFCP: a) Ser ciudadano mexicano por nacimiento y no adquirir otra nacionalidad y tener capacidad de goce y ejercicio; b) Tener título profesional de licenciado en derecho y cédula correspondiente; c) No haber sido condenado, mediante sentencia ejecutoriada, por delito internacional que merezca pena corporal; y d) Solicitar, presentar y aprobar el examen de aspirante y el definitivo, habiendo obtenido la habilitación correspondiente.

La Secretaría de Economía hará la habilitación correspondiente para ejercer como corredor público. (Arts. 2º y 7º LFCP).

B) Comisionistas. Según la disposición contenida en el art. 273 del Código de Comercio “el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil”. También señala que comisionista es la persona que ejecuta una comisión mercantil, y comitente es quien la confiere.

El comisionista es un auxiliar autónomo que recibe cometidos que generalmente consisten en vender o comprar mercancías por cuenta de los comitentes. Puede actuar a nombre propio o de su comitente, pero siempre por cuenta de éste.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

En las fracciones X y XII del artículo 75 del Código de Comercio, se califican como actos de comercio las empresas de comisiones y las operaciones de comisión mercantil; por ello generalmente los comisionistas son titulares de una empresa de comisiones y son comerciantes ellos mismos.

C) *Agentes*. El artículo 75 Código de Comercio, considera como actos de comercio a las empresas de agencia.

Como varios autores señalan, esta figura no existe como tal en la legislación, pues existe una gran variedad de actividades y relaciones, como los agentes de seguros, agentes de naviero, etc.

1.3.3 LAS SOCIEDADES MERCANTILES. COMERCIANTE SOCIAL

Habiendo ya expuesto lo referente al comerciante persona individual, corresponde tocar el tema de las sociedades mercantiles de manera muy clara. El artículo 3º del Código de Comercio establece en su fracción segunda que serán comerciantes “las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles”. Por su parte, el art. 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles también consagra esta idea de reconocimiento de una sociedad mercantil.

Según la opinión del Mtro. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, “el papel desempeñado por las sociedades mercantiles en la economía es cada vez más importante, pudiendo apreciarse una tendencia

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

clarísima a la sustitución del empresario individual (comerciante o empresario individual) por las sociedades (empresario colectivo)”.⁶⁷

Según su criterio, esto se debe a que el comerciante individual no puede de algún modo competir con el desarrollo de las grandes empresas sociales y al gran incremento de capitales que han sido necesarios para el crecimiento de la economía y que por consiguiente dejan en estado de indefensión al comerciante persona física.

La actuación del comerciante está siempre expuesta a los más grandes riesgos; en caso de infortunio, el comerciante individual verá comprometida no sólo la fortuna que puso en un negocio determinado, sino su patrimonio íntegro. En cambio, en las formas sociales, especialmente las más modernas, están organizadas bajo el principio de la responsabilidad limitada, de manera que los que en ellas participan limitan de antemano la cantidad máxima de sus pérdidas.⁶⁸

Esto es una realidad; algunas de las sociedades mercantiles han caído en desuso y por consiguiente la mayoría se constituye en sociedades anónimas, porque además de que se requiere un mínimo de dinero muy accesible, siempre limitan la responsabilidad de los socios únicamente al pago de sus aportaciones, y no responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada.

⁶⁷ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. 25ta. ed., Editorial Porrúa, México, 2001, p. 43.

⁶⁸ Idem

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Pues bien, según lo establece el art. 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se reconocen las siguientes formas de sociedades mercantiles: sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad cooperativa.

Tenemos que señalar que para constituirse en forma mercantil no es necesario que se dedique a una actividad comercial. Las sociedades mercantiles son en razón de su forma, de las anteriormente aludidas, sin que impliquen nada respecto de la actividad real a que se dedica la persona moral; es por ello que algunas sociedades civiles adopten el carácter mercantil.

El artículo 2695 del Código Civil Federal, establece que todas las sociedades que sean de naturaleza civil y adopten “forma” de sociedades mercantiles, quedarán sujetas al Código de Comercio.

Con ambas disposiciones se entiende que las sociedades de forma civil que realicen de manera profesional actos de carácter económico sin ser de especulación comercial serán consideradas como mercantiles.

El artículo 2688 del Código Civil Federal define al contrato de sociedad como aquél en que “los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

Habiendo recordado lo anterior, vayámonos al artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles que se encarga de otorgar personalidad jurídica a las sociedades mercantiles que se inscriban en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y también la tendrán aquéllas que aunque no se hayan inscrito se ostenten como tal frente a terceros. El artículo 25 del Código Civil referido también reconoce a las sociedades mercantiles como personas morales.

Como personas morales y con capacidad jurídica, las sociedades mercantiles son sujetos de derecho, es decir, tienen capacidad de goce y ejercicio, y como lo indica el artículo 26 del mismo Código Civil, pueden ejercitar todos sus derechos para poder cumplir con su objeto. Su personalidad jurídica es distinta a la de sus socios; por lo tanto tiene un nombre, domicilio, patrimonio y nacionalidad distintos a los de sus socios, además de constar de razón social o denominación y una organización llevada a cabo por los socios.

La personalidad jurídica de las sociedades produce también efectos frente a terceros. Uno de ellos sería que los acreedores particulares de un socio no podrán mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sobre el patrimonio social, sino sobre las utilidades que le correspondan al socio según los estados financieros, y ya cuando se disuelva la sociedad, será sobre la cuota de liquidación que a cada uno corresponda. (Art. 23 Ley General de Sociedades Mercantiles).

El patrimonio de una sociedad consiste en el conjunto de bienes y derechos que se integra al iniciarla, son las aportaciones

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

de los socios y posteriormente se puede ir incrementando y modificando. El capital social es el monto establecido en el acto constitutivo de una sociedad y en moneda de curso legal, con las aportaciones de los socios. Este capital social deberá fijarse en la escritura constitutiva, siendo un requisito necesario para su existencia, y en algunas sociedades la ley establece un mínimo de aportación. Por lo tanto, al perderse éste, y como lo menciona el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es una causa de disolución de la misma.

También el capital social puede aumentar o disminuir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Una forma de hacerlo es mediante las aportaciones de los socios, que pueden ser de dinero, de bienes de otra naturaleza o bien de créditos, y que deberá constar en el acta constitutiva.

El art. 11 de la misma ley señala que las aportaciones hechas en bienes serán traslativas de dominio, salvo pacto en contrario, y el riesgo de la cosa sólo corresponderá a la sociedad hasta que se le entregue la cosa. Para la aportación de créditos, el art. 12, siguiente, dispone que el socio que realice la aportación será responsable de la existencia y legitimidad de los mismos, así como de la solvencia del deudor, y en el caso de títulos de crédito no puede limitarse la responsabilidad por pacto en contrario.

Las sociedades tienen a su vez la obligación de hacer un fondo de reserva sacado de las utilidades netas, conformado por el

CAPÍTULO PRIMERO “GENERALIDADES”

cinco por ciento anual como mínimo de las mismas, hasta que importe la quinta parte del capital social.

El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier causa.

Finalmente, las sociedades mercantiles sólo podrán ser nulas en el caso de que ejecuten habitualmente actos ilícitos, de conformidad con el art. 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Fuera de este supuesto, las sociedades sólo se extinguirán mediante el proceso de disolución y liquidación normal de acuerdo con la legislación mercantil y demás leyes correspondientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

2.1 ORIGEN

El origen de la globalización mundial podemos encontrarlo en el proceso de internacionalización de la economía, que se viene dando desde la segunda guerra mundial, entendiendo por internacionalización de la economía mundial, un crecimiento del comercio y la inversión internacionales más rápido que el de la producción mundial.¹

Los países no se limitan a invertir dentro de su espacio territorial, sino que buscan alternativas de comercio e inversión en otros países, creando toda una mezcla de intercambios económicos entre las distintas naciones. La internacionalización económica tiene que ver, además, con la expansión del capitalismo como modelo económico más generalizado y modo de producción en el ámbito mundial.

Dicha internacionalización comenzó formalmente con la constitución de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.) y la creación de sus agencias: el Fondo Monetario Internacional, el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, y el Banco Mundial; pero en realidad se dio en un primer momento como un fenómeno regional del primer mundo a raíz de la liberación del comercio y las inversiones internacionales entre los países integrantes de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

¹ DABAT, Alejandro, “Globalización Mundial y Alternativas de Desarrollo”. Revista Nueva Sociedad. Nº 132, Julio-Agosto, 1998.

2.1.1 ELEMENTOS QUE DEFINEN LA GLOBALIZACIÓN

La globalización significa el aumento de la vinculación, la expansión y profundización de las distintas relaciones sociales, económicas y políticas, la creciente interdependencia de todas las sociedades entre sí, promovida por el aumento de los flujos económicos, financieros y comunicacionales y catapultada por la tercera revolución industrial que facilita que los flujos puedan ser realizados en tiempo real.

En su dimensión económica la globalización puede ser entendida como una nueva fase de expansión del sistema capitalista que se caracteriza por la apertura de los sistemas económicos nacionales, por el aumento del comercio internacional, la expansión de los mercados financieros, la reorganización espacial de la producción, la búsqueda permanente de ventajas comparativas y de la competitividad que da prioridad a la innovación tecnológica, la aparición de elevadas tasas de desempleo y el descenso del nivel de las remuneraciones.

La globalización de la economía mundial está uniendo a las economías desarrolladas a nivel de información, producción y tecnología; el fenómeno supone un grave riesgo para los países en vías de desarrollo que basan su economía en mano de obra poco calificada y exportación de materias primas.

2.2. ESTRATEGIA GLOBAL

Convertir una colección de negocios nacionales en un solo negocio mundial con una estrategia global integrada es uno de los retos más serios para los administradores de hoy.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

- Una industria es global en el grado en que haya conexiones entre países.
- Una estrategia es global en el grado en que está integrada entre diversos países.

El aumento de la competencia extranjera es por sí mismo una razón para que los negocios se globalicen, a fin de adquirir tamaño y destrezas que les permitan competir más eficazmente. Pero una motivación aún mayor para la globalización es el advenimiento de nuevos competidores globales que se las arreglan para competir sobre una base global integrada.

Los impulsores de la globalización industrial son las condiciones subyacentes de cada industria que crea su potencial para utilizar una estrategia global.

En la mayoría de los casos, los aumentos de globalización industrial aumentan el poder de las fuerzas competitivas; el aumento de globalización industrial estimula la competencia porque se amplía el espacio geográfico. El aumento de globalización industrial también aumenta la presión de sustitutos porque aumenta el espacio geográfico de donde éstos pueden provenir.

Podríamos decir entonces, que el efecto de la globalización industrial en el poder de los proveedores y de los compradores puede ser positivo en unos casos y negativos en otros.

Los impulsores de mercado de la globalización dependen de la naturaleza del comportamiento de la clientela y de la estructura de los canales de distribución.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

La comunidad de necesidades representa el grado en que los clientes de distintos países tienen las mismas necesidades en la categoría del producto o servicio que define una industria.

El grado en que las necesidades de los clientes son comunes en los diversos países, obviamente varía mucho según la industria, y depende de factores tales como la importancia de la cultura nacional y los gustos, la elasticidad del ingreso y las condiciones físicas que pueden afectar al uso del producto o servicio.

Los clientes globales compran en forma centralizada o coordinada para uso descentralizado o por lo menos seleccionan centralmente a los vendedores. Hay dos tipos de clientes globales:

Nacionales: buscan en todo el mundo proveedores, pero el producto o servicio que compran lo usan en un solo país.

Multinacionales: también buscan proveedores en todo el mundo, pero el producto o servicio que compran lo usan en muchos países. El hecho de tener clientes globales, lleva a un negocio a desarrollar productos globalmente estandarizados.

Para servir a clientes globales, el negocio tiene que estar presente en los principales mercados de dichos clientes. La existencia de clientes globales exige que la mezcla de elementos de marketing² sea uniforme.

Para tener canales globales el marketing debe estar globalmente coordinado y sus elementos deben estar mezclados uniformemente. El dogma popular en marketing ha sido siempre que las tácticas

² *Conjunto de medios de venta utilizados para conquistar los mercados existentes.*

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

deben de acomodarse a cada país. En general, un marketing global es más aceptable de lo que indica su nivel relativamente bajo de utilización.

Para los competidores globales es primordial participar en esos países líderes a fin de ponerse en contacto con las fuentes de innovación. Con países líderes se aumenta la amenaza de entrada, pues los competidores potenciales pueden identificar fácilmente las innovaciones clave, aun cuando prefieran entrar primero en otros mercados.

2.3 IMPULSORES DEL MERCADO EN LA GLOBALIZACIÓN

Éstos dependen de la economía del negocio; afectan en particular a la palanca de localización de actividades globales, lo mismo que a las palancas de participación en el mercado global y productos globales.

Las economías globales de escala tienen aplicación cuando los mercados de un solo país no son suficientemente grandes como para permitirles a los competidores alcanzar una escala óptima.

Las economías globales de extensión son las que presionan a los negocios a internacionalizarse o a globalizarse; reducen la amenaza de entrada, sobre todo de competidores potenciales que sean globales. En cambio, cuando las economías no son de escalas, un nuevo competidor puede iniciar en el mercado de un país e ir adquiriendo la experiencia que le permita exportar a mercados más grandes.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

El mercado internacional de suministro puede permitir centralizar y comprar para obtener eficiencias globales de abastecimiento. Una producción favorable entre el valor de venta y el costo de transporte mejora la capacidad de concentrar la producción.

Los bajos costos del transporte permiten concentrar la producción. En general, la logística es más favorable para productos de precio alto y alta calidad dentro de cualquier categoría.

Un factor que se debe tomar en cuenta es que el alto costo de desarrollar productos en relación con el tamaño de los mercados nacionales actúa como un impulsor de la globalización. Los administradores pueden reducir los altos costos desarrollando unos pocos productos globales o regionales en lugar de muchos productos nacionales. Los altos costos de desarrollo producen un efecto parecido al de las economías de escala global en la amenaza de entrada y la rivalidad entre competidores.

Por otro lado también están los impulsores gubernamentales de globalización, los cuales dependen de las reglas que fijen los gobiernos nacionales y afectan el uso de todas las palancas de estrategia global. Las políticas gubernamentales registran seriamente la participación de mercados globales en la industria de medios de comunicación.

Por su parte los impulsores competitivos de globalización elevan el potencial de globalización de sus industrias y estimulan la necesidad de respuestas con palancas de estrategia global; de esta manera, cuanto más comercio haya entre los países, más interacción habrá entre los competidores. Por otro lado, los altos

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

niveles de comercio cambian la naturaleza de las fuerzas competitivas mencionadas con respecto a la amenaza de entrada.

Este proceso se vio acelerado por las diferentes crisis en que estuvo inmerso el entorno internacional en los años 1971 (crisis del dólar), 1973 y 1979 (crisis del petróleo) y en 1982 (crisis de la deuda); otro elemento que ayudó al avance vertiginoso del mismo fue el surgimiento de una teoría económica a tono con los requerimientos del fenómeno: el Neoliberalismo³.

La globalización es un proceso multidimensional, aunque hay razones para pensar que es ante todo un proceso económico hecho posible, indiscutiblemente, por cambios provenientes de la ciencia y la tecnología.

El lazo indisoluble que se genera en el siglo XX entre la ciencia y la tecnología posibilita acelerar, ampliar y consolidar el proceso de globalización, especialmente, en sus aspectos económicos y culturales.

La digitalización de las comunicaciones humanas ha revolucionado la producción, el almacenamiento y el acceso a la información. Si la revolución industrial multiplicó la fuerza del hombre, la evolución informática multiplica la capacidad del cerebro humano. Hoy la información se ha democratizado, y está al alcance de quien posea una computadora y un módem para acceder a Internet.

Las nuevas tecnologías están creando un mundo donde los valores y las economías repercuten de un lado a otro; la cultura y los

³ *Corriente que sostiene la libre competencia económica, sometida a los mecanismos del mercado para obtener el aumento de la riqueza y del bienestar general. (VALLERTA, Ma. Laura., Diccionario Jurídico. Vallerta S.E, Ago. 2001 pags. 465-466)*

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

valores humanos están siendo modelados por un medio electrónico. Nunca antes las sociedades habían quedado completamente supeditadas al mercado comercial para determinar sus valores y sus modelos.

Los llamados procesos globalizadores redundan en la redistribución de privilegios y despojos, riqueza y pobreza, recursos y desposesión, poder e impotencia, libertad y restricción. Las divisiones territoriales y segregaciones de identidad que imponen y que promueve la globalización de los mercados e información, no reflejan la diversidad de socios en pie de igualdad.

Apenas el 22% de la riqueza global pertenece a los llamados países en vías de desarrollo, que abarcan al 80% de la población mundial.

Los beneficios de la globalización están siendo desigualmente repartidos entre las diversas regiones, entre los diferentes países y en el interior de los mismos, lo cual conlleva severos procesos de fragmentación y polarización.

La globalización otorga a los países extremadamente ricos nuevas oportunidades para ganar dinero de manera más rápida. Éstos han utilizado la tecnología de punta para desplazar grandes sumas de dinero alrededor del planeta con extrema rapidez y especular con eficiencia creciente.

La globalización es una paradoja; beneficia mucho a muy pocos a la vez que excluye o margina a dos tercios de la población mundial.

La globalización implica transformaciones espaciotemporales que afectan los modos y estilos de vida concretos de las personas,

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

producto de los cambios de escala y de la aceleración de los cambios, en especial aquéllos debido a las innovaciones tecnológicas y a los crecientes niveles de complejidad de la vida urbana. Así se reconfiguran los sistemas de percepción y representación del tiempo y el espacio, que constituyen el entramado básico de los mundos de la vida, de la historia concreta de los individuos y grupos sociales, de sus mitos y sus ritos.

Estas transformaciones se apoyan en una aceleración sin precedentes en los procesos tecnológicos, tanto en lo que atañe al ritmo mismo de las innovaciones como en lo que se refiere al lapso que transcurre entre la innovación y su incorporación en la producción. Tal proceso se inició en los años 70 y ha llegado a ser tildado como la "tercera revolución tecnológica e industrial". Se ha asentado en la electrónica, la informática, la robótica, los nuevos materiales, la genética y la biotecnología.

Éstas son sólo algunas de las facetas del mundo globalizado. Están además presentes los siguientes efectos económicos:

1. La estandarización de productos y servicios: Significa que éstos tienen poca o nula variación entre los distintos países o regiones donde se distribuyen.
2. Reducción de barreras arancelarias: Ha introducido el llamado consumo de productos masivos, permitiendo que muchos países tengan acceso a éstos.
3. Economía de escala: Implica hacer los productos más competitivos con una estrategia de bajos costos.
4. La creación de grandes corporaciones e integración de las empresas, permite un mayor control del mercado.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

5. La creciente integración de las economías nacionales a los mercados globales, pues de estos últimos depende el crecimiento y la estabilidad de aquéllas.
6. Configuración de grandes zonas integradas de comercio.

Lo que para algunos constituye un proceso de integración, ya sea por asimilación, endoculturación, o yuxtaposición, para otros puede significar la desestructuración y desintegración de sus identidades, fragmentación y exclusión, mutación de la identidad, transfiguración de la matriz originaria. El proceso de mundialización, tal como se está dando en la realidad, no genera una sola dinámica sino dos dinámicas complementarias y opuestas:

- La globalización,
- La reafirmación identitaria (localización).

Existe una creciente transnacionalización del mercado de capitales, del mercado de nuevas tecnologías y del mercado de los productos. Todo ello, unido a una desconcentración de la producción, tiene como consecuencia que los mercados estén cada vez más mundializados.

Hoy en día se vive en una realidad determinada por la compulsión al consumo, la globalización y el avance tecnológico, donde los medios de comunicación son más vehículos de marketing que de información, y además se vive encerrado en un mercado y no en una sociedad.

La sociedad de consumo consiste en una forma de consumir impuesta por el sistema capitalista de producción, que se extiende no sólo a los países desarrollados sino a todos los del planeta.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

Lo verdaderamente importante para el sistema es que la mayoría de las personas se conviertan en consumidores irracionales, para que a través de esta forma transfieran la mayor cantidad de recursos. Es de esta manera que la sociedad de consumo actual instaura la dictadura del producto.

La posesión de bienes se da a través del consumo, definido como el conjunto de procesos socioculturales en que se realiza la apropiación y los usos de los productos. Éstos pueden estar a disposición en cualquier parte y pueden ser consumidos de diversas maneras. El simple hecho de su existencia, transforma a los productos en potencialmente consumibles y da a todos el derecho legítimo de aspirar a tenerlos, ya que fueron producidos con el esfuerzo de toda la sociedad.

El dinero permite el consumo, pero cada vez se necesita menos. La producción en masa y la de imitaciones ha hecho posible que personas que no pertenecen a las elites puedan tener acceso a objetos similares.

El problema de integración de los países de América Latina plantea muchas y muy complejas cuestiones que no son fáciles de resolver, como por ejemplo podemos mencionar entre otras, los sentimientos nacionalistas generadores de odios que resultan absurdos en estos tiempos, más cuando la lógica histórica nos está marcando la necesidad de integración, económica primero y política después, de todos los países para superar la pobreza y el subdesarrollo.

Este proceso ya en camino podrá ser obstaculizado o demorado, pero nunca frenado, por lo que es conveniente actualizar sistemas y

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

acercarse a este movimiento, a fin de salir lo más beneficiados, o al menos lo menos afectados posibles.

El desafío de la globalización de los últimos 20 años ha sido la generalización de los regímenes democráticos a nivel mundial, así como la expansión de los derechos humanos, esto ha puesto en crisis los regímenes autoritarios de diversas especies, dictaduras militares, estados socialistas, regímenes teocráticos, que se han derrumbado en dirección a instituciones de democracia liberal constitucional.

Este fenómeno global de transiciones a la democracia ha sido impulsado por ideales asociados con el régimen democrático, pero vinculado al predominio económico de inversores, grandes firmas, organismos internacionales y naciones centrales.

2.4 APERTURA GLOBAL

También debemos entender la apertura globalizada como un conjunto de circunstancias, de supuestos que se deben armonizar para que ésta se pueda llevar a cabo; en este sentido debemos partir de las siguientes bases:

2.4.1 APERTURA DE FRONTERAS

Es un proceso que todos reconocen como el más determinante de la década de los noventa, pero que suscita opiniones encontradas. Si bien no es un proceso nuevo ha sido retomado con mayor énfasis en los países en desarrollo como premisa específica para lograr un crecimiento económico y erradicar la pobreza.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

Los orígenes del fenómeno se remontan dos décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las cuales los países industrializados de Norteamérica, Europa y Asia alcanzaron tasas de crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) tres veces superiores que en los 130 años precedentes, lo que a su vez provocó una expansión a nivel mundial de las transacciones comerciales de estos países.

Con el fin de regular las crecientes relaciones comerciales, los países en cuestión generaron una estrategia económica y política de liberar todas las barreras al libre comercio implantadas por la Estrategia de Sustitución de Importaciones; producto de ello son las negociaciones del GATT, la creación del FMI y el BM, y las áreas de libre comercio subregionales.

La globalización es un proceso multidimensional, aunque hay razones para pensar que es ante todo un proceso económico hecho posible por cambios provenientes de la ciencia y la tecnología, es por esto que el lazo indisoluble que se genera en el siglo XX entre la ciencia y la tecnología posibilite acelerar, ampliar y consolidar el proceso de globalización, especialmente, en sus aspectos económicos y culturales.

La internacionalización fue una apertura de las fronteras geográficas de cada sociedad para incorporar bienes materiales y simbólicos de las demás. La globalización supone una interacción funcional de actividades económicas y culturales dispersas, bienes y servicios generados por un sistema con muchos centros, en el

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

que importa más la velocidad para recorrer el mundo que las posiciones geográficas desde las cuales se actúa⁴.

La globalización es, siempre, "globalización" que implica transformaciones espaciotemporales que afectan los modos y estilos de vida concretos de las personas, producto de los cambios de escala y de la aceleración de los cambios, en especial aquéllos debido a las innovaciones tecnológicas y a los crecientes niveles de complejidad de la vida urbana.⁵

2.4.2 ECONOMÍA MUNDIAL

La dependencia de los países entre sí no es algo nuevo. Los movimientos de capital, las empresas transnacionales tampoco. Lo nuevo está dado por el creciente proceso de liberalización de las economías, que involucra tres actores internacionales: la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Lo nuevo está dado por el gran tamaño de los movimientos del comercio y las finanzas, la sofisticada tecnología de los movimientos de capital y de las comunicaciones y la concentración de poder económico y político de las corporaciones.

Cabe mencionar que ha existido por siempre una presión competitiva internacional para aumentar la productividad y reducir los costos; en este sentido, el proceso de liberación de las economías y su consecuente globalización está entrando en un escalón más alto. La supuesta "rebeldía" a no entrar en este sistema se diluyó con la caída del Muro de Berlín, por lo que la

⁴ GARCÍA CANCLINI, Nestor, Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización, Ed. Grijalbo, México, 1995, p. 125.

⁵ Idem.

CAPÍTULO SEGUNDO “EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN”

opción a un sistema económico alternativo no conoce hoy de un ejemplo concreto.

Hoy lo nuevo y la esperanza es el sistema de Internet; el comercio internacional e Internet están transformando la forma en que los países y las sociedades interactúan, aumentando la producción y la eficiencia económica, las bases para el crecimiento y la prosperidad. Sin embargo, existe una verdadera preocupación de que estos cambios arrolladores vayan acompañados de una desigualdad creciente e incluso, de pobreza y marginación.

Muchos temen que el nuevo orden económico mundial beneficie principalmente a los países industrializados y a los sectores privilegiados de los países en desarrollo, y que amplíen la brecha entre los que tienen y los que no tienen, y ahora entre los que "saben" y los que "no saben".

La tecnología se encuentra en posesión de los grandes grupos económicos y de las potencias mundiales, las cuales mediante sus transnacionales son las que imponen las reglas del juego. De esta manera asegurando dominio sobre la tecnología, también abren nuevos mercados y competencia limitada.

CAPÍTULO TERCERO

GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

Para entrar al estudio de la celebración de los contratos a través de medios electrónicos, es necesario elaborar un estudio amplio que indique primero que nada los conceptos jurídicos fundamentales, así como técnicos, que forman parte de los contratos comunes, a fin de establecer cuáles son sus bases, constitución y características.

3.1 HECHO JURÍDICO.

El primer concepto que abordaré en este capítulo será el relativo al hecho jurídico, el cual se puede analizar en dos distintas acepciones, una en sentido material, y otra en el sentido formal como acto jurídico propiamente dicho.

Cuando hacemos referencia a un hecho jurídico, nos referimos a aquellos acontecimientos a los que el Derecho atribuye consecuencias consistentes en el nacimiento, modificación o pérdida de derecho o de situaciones jurídicas de las personas, sin que hubiere mediado la voluntad del hombre, es decir, se trata de fenómenos naturales, en tanto que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad que se emplea para producir consecuencias de derecho.

Para diferenciar los términos de hecho jurídico y acto jurídico, baste decir que el primero es un acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce consecuencias de derecho independientemente de la voluntad de producirlos, y el segundo, es ese hecho jurídico conocido como acontecimiento, en el cual debe

necesariamente intervenir la voluntad del hombre, para crear consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, sobre estas bases, se puede concluir que un hecho jurídico es aquél en el cual no interviene la manifestación de la voluntad de una persona, para producir consecuencias de derecho, es decir, que éstas se van a presentar aun cuando no se quiera que se produzcan.

En este sentido, el hecho jurídico en el cual impere la manifestación de la voluntad de determinada persona para producir consecuencias de derecho, se conocerá con el nombre de acto jurídico.

En conclusión, el hecho generador de una obligación es el acto jurídico, ya que a través de éste las partes manifiestan su voluntad de contraer dicha obligación, a fin de que se den las respectivas consecuencias jurídicas, como lo es el contrato.

3.2 ACTO JURÍDICO

Para poder entender cualquier tipo de contrato debemos partir de la base del acto jurídico mismo, por lo que se hace necesario el análisis relativo.

Para poder analizar al acto jurídico, es necesario conocer la estructura de la norma jurídica, la cual está integrada por:

- 1) Un supuesto o hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias jurídicas.

2) Una o varias consecuencias jurídicas. Creación, transmisión, modificación y extinción de derechos y obligaciones.

Para que una norma jurídica pueda concretarse, se requiere de la materialización del supuesto jurídico o normativo, es decir, de la realización de la hipótesis planteada en la norma.

El estudio de la norma jurídica resulta sumamente importante, ya que el supuesto jurídico se realiza mediante un acontecimiento llamado hecho jurídico; a este respecto, varios autores que se han dedicado a su estudio, señalan que tiene dos acepciones: una en sentido amplio, y otra como acto jurídico.

En sentido amplio, el maestro Ignacio Galindo Garfias señala que, hecho jurídico "es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de Derecho".¹

Acto jurídico es el hecho jurídico realizado por el hombre, cuyo propósito es producir consecuencias de derecho. En otras palabras, es todo acontecimiento en el cual interviene la voluntad del hombre para conseguir consecuencias de derecho.

Por citar algunos actos jurídicos puedo enunciar los siguientes: el testamento, el matrimonio, la adopción, la creación de una

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Ed. Porrúa, México, 1992. pag. 204

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

sociedad, entre otros, ya que en todos ellos interviene la voluntad del hombre para su creación.

De lo anterior, se desprende que la base de cualquier transacción u operación realizada por medios electrónicos es el acto jurídico. De acuerdo a la tesis francesa del Acto Jurídico, fundamento de nuestro código civil, debe entenderse por acto jurídico "la manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad".²

Por lo tanto, de este concepto se desprende que la característica principal del acto jurídico, es la manifestación de la voluntad que se emplea para producir consecuencias de derecho, es decir, que desde el momento en que el sujeto exterioriza su voluntad, está de acuerdo con las consecuencias jurídicas que ello implica.

El acto jurídico, a su vez se clasifica en:

1) Acto Jurídico Unilateral. En éste sólo interviene una voluntad para su formación, o aun siendo varias, éstas se unen para un mismo fin; por ejemplo, el testamento, la oferta, la constitución de una sociedad.

2) Acto Jurídico Plurilateral. Para su formación, es necesaria la presencia de dos o más voluntades; por ejemplo, el contrato de

² Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 11ª edición, Ed. Porrúa. México. 1996, p. 155

compraventa, en donde convergen dos voluntades en la creación del acto (la del comprador y la del vendedor), quienes además de crearlo y pactar sus obligaciones y derechos, acuerdan las consecuencias jurídicas, apegadas a la norma.

3.3 CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

Como ya se explicó en párrafos anteriores, el acto jurídico es aquél en el cual interviene la manifestación de la voluntad, para producir consecuencias de derecho, lo que da lugar al nacimiento de obligaciones y derechos a raíz de esa manifestación de voluntad de cada una de las partes que intervienen.

El contrato considerado como acto jurídico, presenta la manifestación de la voluntad de los contratantes para producir con ello consecuencias jurídicas.

La palabra contrato deriva del latín contractus que significa constreñir o ajustarse, lo que hoy en día se conoce como pacto.

En el Derecho Romano ese pacto no tenía fuerza vinculatoria, es decir, para que pudiera obligar a las partes necesitaba de la inclusión de ciertas formalidades, que en ocasiones fueron consideradas solemnes; sin embargo, con el tiempo y debido a la transformación derivada de las transacciones mercantiles, se estableció que con el simple consentimiento de las partes se perfeccionaba el contrato; lo anterior trajo como consecuencia que aquel acuerdo que se daba entre las personas interesadas en el acto fuere respetado y cumplido. Fue así como se originó el

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

principio de pacta sunt servanda, es decir, que los pactos o acuerdos se hicieron para cumplirse.

Bajo estas bases, el consensualismo predominó en el derecho moderno en la creación y elaboración de los contratos, siendo el formalismo la excepción. De ahí que surja el principio de supremacía de la voluntad, el cual implica que se considerará a las partes en igualdad de condiciones para que ambas puedan acordar en qué términos y bajo qué principios van a llevar a cabo el contrato.

No obstante, cabe destacar que solamente se llegará al perfeccionamiento del contrato por el mero consentimiento, cuando dicho contrato resulte equitativo para ambas partes; sin embargo ha sido necesario limitar ese principio para proteger a la parte que se considera débil, como es el caso de la contratación comercial en donde se da la protección al consumidor.

El artículo 1793 del Código Civil Federal indica qué se entiende por contrato:

Aquellos documentos que tienen por objeto producir o transferir obligaciones y derechos.

De lo anterior se desprende que el contrato tiene dos fases, la primera de ellas implica un acuerdo previo entre las partes en donde cada una manifieste su voluntad para la creación de obligaciones y derechos, y la segunda en relación con la posibilidad de transferir esas obligaciones y derechos de manera recíproca.

3.3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Se distinguen diversos grupos de este acto jurídico, atendiendo a su función económica, al campo del derecho en donde se realice, a la intervención de una o diversas partes, etc.; así puede hablarse en un amplio sentido, de contrato de Derecho civil y contrato de Derecho Administrativo al cual se le ha querido elaborar un régimen diferente, pero de manera inútil, pues se tiene que regir en definitiva por los principios fundamentales del Derecho común o civil.³

Las clasificaciones más comunes son las siguientes:

Civiles. Aquéllos que se regulan por el código civil, por ejemplo, el mandato.

Mercantiles. Aquéllos regulados por la legislación mercantil, por ejemplo, la comisión mercantil.

Unilaterales. En donde sólo una de las partes se obliga. Una de las partes se obliga, la otra parte sólo recibe los beneficios.

"La unilateralidad nace por efecto del contrato y no por los efectos jurídicos que se produzcan con posterioridad; por ejemplo, el contrato de donación pura y simple".⁴

Bilaterales. Aquéllos en los cuales las dos partes adquieren derechos y obligaciones; por ejemplo, en el contrato de compraventa, una parte se obliga a entregar la cosa y la otra, a su vez, a pagar el precio cierto y en dinero para tener derecho a recibir la cosa pactada. Dichos contratos también llamados sinalagmáticos

³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de la Obligaciones, op. cit. p. 224

⁴ CHIRINO CASTILLO, Joel, Derecho Civil III “Contratos Civiles”. 2ª edición. Ed. Mc Graw-Hill. México. 1996. p. 5

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

son aquéllos que producen dos relaciones de obligación, es decir, producen derechos y obligaciones recíprocos.

Preparatorios. Son aquéllos que se suscriben para preparar el contrato definitivo.

Son contratos en los que las partes que lo celebran se obligan a realizar otro contrato, en determinado tiempo y sujeto a determinadas características.

Definitivos. Aquéllos que son materia del contrato preparatorio, es decir, al cual tiende el contrato preparatorio en donde ambas partes están obligadas a celebrar el contrato definitivo. Por ejemplo, contrato de compraventa.

Onerosos. Las partes reciben prestaciones y adquieren obligaciones recíprocas, hay reciprocidad de obligaciones y derechos. Es decir, es aquél en el que se estipulan provechos y gravámenes para ambas partes. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento en donde el arrendador se obliga a otorgar el uso y goce temporal de la cosa, y el arrendatario a su vez se obliga a pagar el precio conocido como renta.

Gratuitos. Aquéllos en los cuales los beneficios son para una de las partes. Por ejemplo, la donación pura y simple.

Conmutativo. Hay utilidades y derechos recíprocos como en los bilaterales, pero las partes conocen desde el momento que celebran el contrato, cuáles son sus beneficios y cuáles sus cargas. Por ejemplo, el caso de la compraventa, en donde las partes desde un principio conocen, por un lado el precio a pagar y en qué momento debe hacerlo; y por otro, la otra parte, el monto a recibir por la transacción y el momento en que debe entregar la cosa motivo del contrato.

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

Aleatorios. Las partes no conocen cuál será el beneficio que les reporte el contrato; ese beneficio será determinado por la suerte. "No se sabe en el momento de la celebración quién será el beneficiado y quién el perjudicado sino hasta el momento en que se produzca el acontecimiento. Por ejemplo, en el juego y la apuesta es el acontecimiento el que determinará quién será el ganador o perdedor de la prestación prestada".⁵

Formales. En donde su validez depende de que se adopte la forma que la ley establece. Ejemplo de ello es cualquier tipo de testamento que se realice de acuerdo con lo estipulado por el Código Civil Federal.

Consensuales. Para su validez no necesitan que la voluntad se manifieste en forma determinada. En otras palabras, sólo se requiere el acuerdo de voluntades de las partes para que el contrato exista y se perfeccione. Por ejemplo, en la compraventa basta con que las partes se pongan de acuerdo en el precio y en el objeto, para que el contrato exista, dada la supremacía de la voluntad de las partes.

Principales. Subsisten por sí mismos, no necesitan de otro para producir efectos jurídicos. Por ejemplo, el contrato de compraventa.

Accesorios. Dependen de otro contrato para producir consecuencias de derecho, es decir, de un contrato principal; normalmente se constituyen con efectos de garantía. Por ejemplo, la fianza, la prenda y la hipoteca.

Instantáneo. El contrato se verifica en un solo acto, o bien en varios actos, pero en un momento preciso. Por ejemplo, en la compraventa pura y simple el vendedor se obliga a entregar la cosa

⁵ CHIRINO CASTILLO, Joel, Derecho Civil III “Contratos Civiles”, op. cit., p. 5

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

pactada o en su caso un derecho, y a su vez, el comprador se obliga a pagar un precio cierto y en dinero, en un tiempo y fecha determinado.⁶

Sucesivo. La prestación se realiza en varios actos en diferentes momentos. Son aquéllos que requieren de una temporalidad para su ejecución. Por ejemplo, en el arrendamiento a cambio del uso y goce temporal de una cosa, el arrendatario se obliga a pagar periódicamente la renta.

Nominados. Aquéllos que tienen un nombre determinado, y que se encuentran regulados en un ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el arrendamiento que se encuentra regulado en el artículo 2398 del Código Civil Federal.

Innominado. No tienen un nombre determinado, y no están regulados de manera expresa en la ley, por lo que se les aplica por analogía la legislación del contrato con el que tienen más afinidad.

3.3.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

Los elementos de existencia y validez de los contratos, son pieza fundamental para la creación de la obligación, ya que de no encontrarse la manifestación de la voluntad de las partes, no es posible que se pueda dar el acuerdo entre ellas, y por tanto no habría acto jurídico ni las consecuencias de derecho derivadas del mismo.

De acuerdo a la doctrina dichos elementos de existencia y validez son:

⁶ CHIRINO CASTILLO, Joel, Derecho Civil III “Contratos civiles”, op. cit., p. 5

ELEMENTOS DE EXISTENCIA

1) La manifestación de la voluntad de los sujetos obligados. Es aquel acuerdo mediante el cual las partes en el contrato manifiestan su conformidad para dar nacimiento a determinada relación jurídica; dicha manifestación de voluntad debe ser externa, clara y precisa. Dicha exteriorización de voluntad se refiere a que debe darse a conocer a la otra parte, lo cual se lleva a cabo con la aceptación de la oferta.

2) Objeto directo e indirecto. Aquello que es materia del contrato, es decir, sobre el que versa el acuerdo.

Objeto Directo.- Es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos.

Objeto Indirecto.- Se refiere a la cosa como contenido de dar, el hecho como contenido de hacer o bien la abstención como contenido de no hacer.

A su vez, el Código Civil Federal, en el artículo 1794 señala que para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Consentimiento: acuerdo de voluntades, se dice que existe, con la aceptación de la oferta. Es la declaración de la voluntad, su manifestación debe realizarse de forma externa; si no se exterioriza la voluntad no se podrá concretar el acto jurídico ni la relación

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

jurídica, es decir, no se celebra el contrato. La exteriorización de la voluntad se refiere a que la misma debe darse fehacientemente a conocer a la otra parte.

El consentimiento se forma con el acuerdo de voluntades entre la aceptación y la oferta, es decir, con la manifestación de la voluntad de las partes.

La oferta o también llamada policitación, es aquella proposición que hace una persona a otra para celebrar un contrato determinado; la primera denominada policitante, establece en su propuesta al policitado (persona a quien se dirige la oferta), los elementos del contrato, y puede fijar un plazo para su aceptación o proponer que ésta sea inmediata.

Así, se queda obligado desde el momento en que uno exterioriza su voluntad (oferente) y el otro la recibe (aceptante). Por tanto, la voluntad está ligada con la declaración para poder formar la relación jurídica.

Sin embargo, la oferta puede realizarla no sólo el que desea obligarse, sino también aquél que pretenda adquirir un derecho. No obstante, para que dicha oferta sea eficaz, necesita contener los datos necesarios para su identificación, como son el nombre y domicilio del vendedor, las características del objeto, el precio, la época de pago, entre otros.⁷

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A-CH. Porrúa. 1999

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

En relación con la oferta, cabe destacar que toda persona que propone a otra la celebración de un contrato, fijándole para ello un plazo para aceptar, queda ligada a la oferta, es decir, se obliga a mantener su propuesta hasta que dicho plazo se concluya. Sin embargo, cuando la oferta se realiza a una persona presente sin fijación de plazo para que acepte, el oferente se desligará de mantenerla, si dicha aceptación no se hace de inmediato; en este sentido, de conformidad con el artículo 1805 del Código Civil Federal, las ofertas que se realicen por medios electrónicos se tendrán como realizadas entre presentes para efectos de la ley, por lo que la aceptación de la misma deberá de ser inmediata para caer en el supuesto de la obligación.

Lo anterior se aplica también a las ofertas realizadas vía telefónica, o bien, a través de cualquier otro medio electrónico, óptico u otra clase de tecnología que permita realizar la exteriorización tanto de la oferta como de la aceptación.

Con base en lo expuesto, en el caso de las operaciones realizadas a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología, la aceptación de la oferta debe hacerse de inmediato, de lo contrario, el oferente se desligará de la obligación de mantenerla.

Además de la citada oferta, también existe la conocida como oferta al público, que es aquella que se dirige en forma masiva y que no se agota por la aceptación de una persona; en consecuencia, todo aquél que la acepte tiene derecho a exigir su cumplimiento tomando en consideración las limitaciones y salvedades de la oferta. Para

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

que esta oferta obligue al oferente, es necesario que en la misma se precisen todos los elementos del negocio a celebrar.

La manifestación de voluntad puede darse tanto expresa como tácitamente. Es expresa cuando su declaración tiene lugar por cualquiera de los medios por los cuales el ser humano se comunica con sus semejantes, sea la palabra, la escritura, señas, gestos y ademanes mímicos. Es tácita cuando si bien no se declara por cualquiera de los medios adecuados para la manifestación expresa de la voluntad, se hace derivar de hechos y actos que permiten presumir lo que quiere el sujeto.⁸

Tomando en consideración lo anterior, el consentimiento será:

1) Expreso. Cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos con los que se exteriorice la voluntad.

No obstante lo anterior, en la actualidad el consentimiento será expreso cuando la manifestación de voluntad se exteriorice de forma verbal, por escrito, o bien, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología o signos inequívocos.

2) Tácito. Cuando resulta de hechos o actos que lo presuponen o autoricen a presumirlo, es decir, por medio de actos.

Los efectos de la oferta son obligar al oferente a mantenerla, ya que la sola declaración unilateral obliga a mantener la oferta. En relación con lo anterior, el artículo 1804 del Código Civil Federal, señala que:

⁸ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, Derecho civil. “Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez”, 4° edición, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 525

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Sin embargo, cabe hacer una interrogante, ¿cuándo queda formalmente creado el contrato?; para resolverla, debemos considerar lo establecido en el artículo 1807 del ordenamiento jurídico antes citado que dice que el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación.

El sistema de la recepción o teoría de la recepción, sostiene que el contrato se forma cuando el proponente recibe la aceptación y puede imponerse de ella en cualquier momento.⁹

En materia contractual, predomina el llamado "Principio de Consensualidad", que implica que el contrato se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, en razón de que ya exteriorizaron su voluntad, y por ese simple hecho se obligan recíprocamente.

ELEMENTOS DE VALIDEZ

1) Capacidad de las partes. Es decir, que gocen de capacidad de ejercicio, que implica la facultad de ser titular de derechos y obligaciones.

2) Licitud en el objeto. Se relaciona con el objeto, motivo o fin del contrato, esto es, que no sea contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, y que la cosa motivo del contrato cumpla con los requisitos ya señalados.

⁹ Instituto de Investigaciones jurídicas, Diccionario Jurídico, op. cit., p. 150

3) Ausencia de vicios en la voluntad. Esto es, que no se presenten vicios como el error, dolo, mala fe, entre otros, que provoquen un cambio en la manifestación de la voluntad de las partes, dado que "toda voluntad que interviene en un negocio jurídico requiere ser declarada con plena conciencia de la realidad y con absoluta libertad y espontaneidad, sin estorbo alguno que limite su coincidencia con la realidad y su libertad".¹⁰

4) Formalidad. *Implica "la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley".*¹¹

La formalidad debe entenderse como aquella que establece la ley, y que resulta indispensable para que el contrato pueda existir, y por ende, producir sus efectos jurídicos.

En materia contractual, se sigue el "Principio de Consensualidad", por el cual los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, sin que sea necesario otro requisito para que existan.

*"La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior al acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo".*¹²

¹⁰ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, Derecho civil. "Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez", op. cit., p. 577

¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, op. cit., p. 301

¹² *Ibidem*, p. 295

En resumen, se puede concluir que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes (regla general) y desde ese momento surten todos sus efectos jurídicos, siempre y cuando se haya realizado la aceptación de la oferta de acuerdo a lo establecido por las partes y de conformidad con la ley.

3.3.3 TEORÍAS POR LAS QUE SE PERFECCIONA EL CONSENTIMIENTO

1) Exteriorización de la voluntad. Se da con la oferta, hay consentimiento en el momento en que el aceptante manifiesta su voluntad. "No obstante el apego a la realidad que en condiciones normales tendría la integración de un consentimiento por la mera aceptación, el sistema mencionado no ofrece la solución adecuada, pues trae consigo una serie de dificultades para poder probar la aceptación hecha".¹³

2) Expedición. Queda integrado cuando el aceptante envía su aceptación al oferente. Sin embargo, este sistema tiene la desventaja de que si el aceptante manda una retractación por un medio más rápido a aquél por el cual envió su aceptación, el aceptante no queda obligado.¹⁴

3) Recepción. Cuando el oferente recibe la contestación del aceptante, sin saber si su oferta fue aceptada o no. Esta teoría es la que sigue nuestro código civil.

¹³ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, Derecho civil. "Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez", op. cit., p. 529

¹⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de la obligaciones, op. cit., p. 268

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

4) Información. En el momento en que el oferente se entera que su oferta fue aceptada.

En los contratos que se forman por adhesión la voluntad se desenvuelve en dos momentos:

- 1) El oferente declara que quiere contratar;
- 2) La oferta se realiza a persona indeterminada, al público en general.

Después de haber analizado el consentimiento como primer elemento de existencia, se puede concluir que en los contratos lo decisivo es el acuerdo de voluntades y la manifestación exterior de la misma, para poder hablar de voluntad contractual, y por ende de creación de obligaciones y derechos, como consecuencias jurídicas del acto.

2.- Objeto materia del contrato. Es la conducta debida, aquélla que el obligado debe dar, hacer o no hacer. El objeto en el contrato se divide en directo e indirecto.

El objeto directo implica el crear y transmitir derechos y obligaciones, en cambio, el objeto indirecto es el objeto directo de la obligación, el cual consiste en lo que el obligado debe dar, hacer o no hacer.

Son objeto de los contratos, la cosa que el obligado debe dar, y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. (artículo 1824 del Código Civil Federal).

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

En cuanto a la cosa materia del contrato, debe de reunir ciertas características, que son:

- 1) Existir en la naturaleza, es decir, debe ser material o tangible.
- 2) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie, en otras palabras, que pueda ser identificable frente a otras.
- 3) Ser valuable en dinero, que se pueda determinar su precio en el mercado.
- 4) Que se encuentre dentro del comercio, esto es, que sea susceptible de apropiación particular.

En relación con la obligación de hacer, ésta debe ser lícita, es decir, no ser contraria a la ley, al orden público ni a las costumbres, y posible jurídica y físicamente; de no ser así, el contrato sería nulo.

3.4 CONTRATOS MERCANTILES

Una vez analizados los elementos de existencia y validez de los contratos en general, es pertinente pasar al estudio de las características principales de los contratos relativos a la materia mercantil.

Estos contratos se regulan por las mismas disposiciones señaladas para los contratos civiles, por ser reglas generales, sin embargo, existen requisitos específicos.

En primer lugar, debemos establecer qué se entiende por obligación mercantil, ya que de ella derivan las consecuencias jurídicas creadas por el contrato mercantil. El Maestro Oscar Vázquez del

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

Mercado, señala al respecto que: *"La obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil".*¹⁵

De esta definición se extraen los siguientes elementos: el primero es que ese vínculo jurídico que acuerdan las partes (manifestación de la voluntad- consentimiento), tiene como finalidad cumplir con una prestación (objeto - conducta) necesariamente de carácter mercantil, y cuyo fundamento se encuentra en un contrato mercantil.

Sin embargo, el maestro Arturo Díaz Bravo, considera que "no es una afirmación perogrullesca la de que una obligación mercantil sólo puede surgir de un acto de comercio, en razón del amplio campo de los llamados actos mixtos que, por su doble carácter, presentan también una doble vertiente: la obligación mercantil por parte del que realizó el acto de comercio, y la civil para su contraparte".¹⁶

Es decir, que una obligación mercantil puede surgir de un acto de comercio, por la calidad de los sujetos que intervienen en el acto, por el objeto sobre el que recaen los contratos que originan la obligación, o bien, por la forma o propósito con los que se celebren dichos contratos.

¹⁵ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa, 1996, p. 150

¹⁶ DIAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, Ed. Harla, México, p. 4

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

Con apoyo en lo anterior, determinamos que los elementos característicos de los contratos mercantiles, radican en la prestación de carácter mercantil y en el fundamento de la obligación mercantil, que es el propio contrato mercantil. Por ello, se estará a lo establecido por el Código de Comercio en los artículos 77 y siguientes, que establecen entre otras cosas, que:

- 1) No se produce obligación mercantil en el caso en que el contrato sea ilícito.
- 2) No se requiere de formalidad alguna para que el contrato sea válido.
- 3) Las partes se obligan una vez que manifiestan su voluntad, y desde ese momento el contrato produce efectos, las partes pueden manifestar su consentimiento en la forma que quieran. (Principio de Consensualidad). La actividad mercantil se realiza con tal rapidez y movilidad, que ello justifica la libertad de forma para contratar.¹⁷
- 4) En algunos casos, se requiere que los contratos revistan determinada forma o solemnidad para que sean eficaces.
- 5) Los contratos celebrados en el extranjero, en donde requieran alguna formalidad o solemnidad, deben cumplirla, aun cuando las leyes mexicanas no lo exijan. (Principio Jurídico Internacional “locus regit actum”, la ley del lugar rige el acto).
- 6) El contrato se perfecciona cuando coincide la oferta y la aceptación, es decir, cuando se recibe la aceptación de la oferta.
- 7) La compraventa es un contrato que permite satisfacer una importante exigencia económica, la de adquirir en propiedad un bien y la de recibir por él su valor.

¹⁷ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa, 1996, op. cit., p. 160

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

8) Se consideran contratos mercantiles, los celebrados como consecuencia de un acto de comercio, o cuyo objeto dependa de una operación mercantil; o bien, porque en ellos intervengan sujetos mercantiles o por el fin de lucro de la operación.

No obstante la regulación que existe de los contratos mercantiles en el Código de Comercio, cabe señalar que en lo no previsto por éste, se aplicará supletoriamente el Código Civil Federal, en cuanto a las reglas generales de los contratos.

Por ello, resulta innecesario hacer un estudio de los elementos de existencia y validez de los contratos mercantiles, ya que se haría una repetición de los elementos de los contratos civiles, que abordamos en el punto anterior, al ser aplicables a los contratos mercantiles, las reglas generales de los contratos civiles.

Sin embargo, es menester señalar algunos aspectos importantes que se dieron con motivo de las reformas del 29 de mayo del año 2000 al Código de Comercio, en lo referente al perfeccionamiento de los contratos mercantiles, que en su artículo 80 considera, que el contrato que se celebre a través de medios electrónicos, se considerará perfeccionado desde el momento en que se reciba la aceptación de la propuesta, siguiendo así, al igual que el Código Civil Federal, el principio de la Teoría de la Recepción.

3.5 CONTRATOS INTERNACIONALES

Es el acuerdo de voluntades que implica la vinculación de dos o más sistemas jurídicos, es decir, el acto jurídico entre dos personas que se encuentran en Estados distintos, y que convienen para la

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

producción de consecuencias jurídicas, como son la creación y/o transmisión de derechos y obligaciones.

Por definición, un contrato internacional está vinculado con varios sistemas jurídicos a la vez. Dicha vinculación es el resultado de la presencia, en el contrato, de elementos subjetivos u objetivos cuyo origen o desarrollo se ubica en el ámbito jurídico de varios países. Dichos elementos son, en general, la voluntad de las partes, su nacionalidad, su domicilio, el lugar de celebración del contrato y el lugar de ejecución del mismo.¹⁸

Por lo tanto, el contrato internacional tendrá lugar cuando se dé el acuerdo de voluntades de dos o más personas que se encuentran bajo la jurisdicción de distintos Estados.

Los contratos internacionales nacen como consecuencia de la apertura en las relaciones comerciales entre los Estados, y en últimos tiempos, han tenido gran auge debido al efecto de la globalización.

Como ya se mencionó, se debe entender por globalización al fenómeno económico, político y social, por medio del cual se busca romper las barreras comerciales entre los Estados, a fin de alcanzar beneficios recíprocos entre ellos.

Por ello, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se dio a la tarea de realizar una serie de principios que regularan los contratos internacionales comerciales,

¹⁸ Instituto de Investigaciones jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano tomo 1. México. 1999

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

dado el volumen de intercambios comerciales que se realizan hoy en día.

Así, en el preámbulo de dichos principios, se explica lo que debe entenderse por contrato internacional, señalando que es cualquier contrato que no sea estrictamente nacional, y propone que la calificación de internacional se dé aplicando no uno, sino cualquiera de los criterios que actualmente suelen usarse para definir si un contrato es internacional, como la nacionalidad de las partes, el lugar de residencia o de establecimiento, que el contrato afecte el comercio internacional, o que plantee un conflicto de leyes nacionales aplicables.¹⁹

Este tipo de contratos se presentan en el comercio internacional, entendiéndose por éste: "*Las relaciones internacionales que se basan en el intercambio de bienes y servicios entre diferentes naciones, sometidas en principio, después de 1945, a la libertad comercial*";²⁰ cabe mencionar, que en esa fecha se dio el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como GATT.

El GATT, cuyos principios se establecieron en 1947, básicamente con la creencia de que un acuerdo que estableciera la libertad comercial de manera global, era un sistema que buscaba la mejor manera de obtener un crecimiento económico para todos los participantes, estableciendo la eliminación de barreras comerciales

¹⁹ Instituto de Investigaciones jurídicas. Contratación Internacional. "Comentarios a los principios sobre los contratos Internacionales del UNIDROIT". UNAM. México. 1998. pag. 16

²⁰ Diccionario de Términos Políticos. Estado, vida Política y relaciones internacionales, Ed. Themis, Colombia, 1995.

o fronteras, a través de negociaciones multilaterales. Sin embargo, las negociaciones frecuentemente fueron complicadas por varios factores, como son el interés nacional con el que muchos productores nacionales piden protección contra productores externos. También dio lugar a rivalidades entre naciones muy poderosas, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea.²¹

Por todo esto, es de vital importancia conocer cómo se regulan los contratos internacionales, y en general, cuáles son sus características propias y elementos.

Aun así, cabe destacar que al igual que los contratos mercantiles, los contratos internacionales, cuentan con los mismos elementos de existencia y de validez, por lo que resulta sencillo su comprensión.

3.5.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ

Al igual que en los contratos mercantiles, los contratos internacionales se regulan por las disposiciones generales establecidas en el Código Civil Federal, en cuanto a los elementos de existencia y validez; sin embargo, por su carácter internacional, se rigen además por convenciones o principios internacionales que elaboren ya sea el UNIDROIT, o la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), o cualquier otro Tratado en el que México sea parte.

Sobre estas bases, los elementos de existencia son los siguientes:

²¹ ANDERSON, Peter J., *The Global Politics of Power, Justice and Death*, “An introduction to international relations”, Routledge, England, 1996, pp. 270-271.

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

1) Consentimiento. Implica un acuerdo de voluntades que existe entre las partes, por medio del cual manifiestan su deseo de celebrar tal o cual contrato. Es decir, que hay pleno respeto en materia internacional, al igual que en la nacional, al principio de autonomía de la voluntad, ya que las partes son las que van a decidir si contratan o no, cómo van a hacerlo, bajo qué ordenamiento jurídico, y bajo qué circunstancias.

Además, las partes tienen libertad de formar sus propias cláusulas conforme a sus conveniencias, o bien con base en la ley del lugar del cual sea originario una de las partes, o por alguna convención internacional. En otras palabras, se dice que el contrato se perfecciona por el mero acuerdo entre las partes.

2) Objeto. Motivo por el cual se celebra el contrato, es decir, sobre el bien o servicio materia del contrato, el cual debe ser lícito, estar dentro del comercio, ser física y jurídicamente posible, ser susceptible de apropiación particular, ser valuado en dinero, determinado o determinable en cuanto a su especie, y que no sea contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

En cuanto al momento en que se considere como perfeccionado el contrato, siendo éste en el cual coincidan la oferta y la aceptación, se tomará para ello la teoría de la recepción, la cual implica que el contrato surtirá efectos en el momento en que la aceptación de la oferta sea recibida por el oferente.

En relación con la oferta realizada a varias personas, los principios consideran que se tratará de una oferta, siempre y cuando se

CAPÍTULO TERCERO “GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS”

realice a través de un anuncio y que contenga todos los detalles de la misma, como son la forma de adjudicación, para darle al destinatario la certeza de que la oferta existe.²²

En cuanto a la formalidad, en los principios se establece que no se requerirá de forma alguna para que los contratos surtan efectos.

Por todo lo anterior, resulta de gran utilidad aplicar los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, para evitar llegar a una discrepancia entre los diferentes sistemas jurídicos que pudieran resultar aplicables a los contratos, además de que con ello se evita aplicar el principio de Lex Fori en caso de controversia, ya que conforme a los principios se realizaría un arbitraje para la solución de controversias, lo cual resulta mejor que aplicar una ley que le fuese más familiar a una de las partes.

²² Instituto de Investigaciones jurídicas. Contratación Internacional, op. cit.,p. 60.

CAPÍTULO CUARTO CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

4.1 RESEÑA HISTÓRICA

El principal uso que se ha dado a la contratación por medios electrónicos ha sido la compraventa de bienes y servicios; el auge del comercio electrónico comienza con el llamado "Comercio Electrónico entre Organizaciones" o también conocido como Electronic Data Interchange o "EDI", y que existió en sus inicios mediante el uso de "redes privadas" entre profesionales, estrechamente vinculados dentro de la misma rama de industria y comercio; el "Comercio Electrónico entre Organizaciones" posteriormente tendió a ser más abierto y global; de las organizaciones de comerciantes y proveedores, se pasó a tener acceso al público en general, mediante diversos mecanismos.¹

A pesar de la corta historia del comercio electrónico han existido tres generaciones de ventas a través de la Red.

Primero comenzó con un sistema HTML². Éste consistía en un simple formulario capaz de recoger la orden de compra y enviársela por correo electrónico al vendedor.

Sin embargo, cuando el número de productos a vender excedía de tres o cuatro, se hizo imposible presentarlos junto con sus descripciones y los datos del comprador, en una misma página.

¹ Cfr. TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho informático*, Ed. McGraw Hill, México, 2004, p. 185.

² *Hiper Text Markup Language-Lenguaje de Marcado de Hipertexto- Lenguaje en el que se escriben las páginas a las que se accede a través de navegadores WWW.*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Posteriormente, el siguiente paso fue el llamado carro de compra. La tienda de la página web puede presentar un número infinito de productos, cada uno de ellos en su propia página, y el cliente únicamente tiene que ir señalando los que desea comprar; este sistema es capaz de calcular no sólo los precios totales sino también los montos de envío, impuestos y cambio de moneda.

Hoy en día nos encontramos en la tercera generación en cuanto a compraventa electrónica se refiere. Ésta nos presenta auténticos almacenes electrónicos con amplias funciones de administración y trato personalizado para cada cliente. Sin necesidad de conocimientos de programación y con tan sólo su habitual navegador, el comprador es capaz de realizar todo tipo de tareas de actualización de productos: añadir, borrar u ocultar temporalmente productos (de lo que hasta esta tercera generación ha seguido denominándose "carro de compras"), cambiar precios, establecer concursos, descuentos o promociones, recoger pedidos seguros, trabajar fácilmente con cuentas e inventarios existentes, e incluso manipular imágenes.

Vale la pena analizar detalladamente los puntos importantes para podernos dar una idea de cómo funciona un "sitio virtual de compras" tanto desde el punto de vista del comprador como del vendedor, sin entrar dentro del campo legal, cuestión a la cual me referiré en los siguientes puntos a desarrollar del presente capítulo.

Exigencias del Comprador

Al comprador en la mayoría de las ocasiones poco le importa el funcionamiento interno de una tienda virtual. Todo lo que desea se da mediante un diseño atractivo, encontrar fácilmente lo que busca, un sistema que memorice por él los artículos que le gustan según recorre la tienda, la posibilidad de poderlos eliminar en cualquier momento si se arrepiente de su elección y, ante todo, la seguridad de que el número de su tarjeta de crédito y demás datos accedidos para obtener su registro de cliente, están al menos tan seguros como cuando los entrega en cualquier tienda o establecimiento tradicional.

4.1.1 LOS SERVICIOS DEL ALMACÉN VIRTUAL

El almacén virtual mantiene información de los productos en una base de datos que contiene campos tales como el nombre de cada artículo, un número de identificación o código que hace más sencillas las tareas de mantenimiento, descripción, precio, peso (para calcular los gastos de envío), fotografía, tallas, colores, etc.

Las tiendas pequeñas (hasta unos veinte productos) pueden trabajar suficientemente con un menú en la página principal, a modo de vitrina, que mediante enlaces de texto y/o fotos en miniatura, nos remita a páginas individuales por cada uno de los artículos, pero cuanto más elevado es el número de mercancías que pretenda vender el almacén virtual, más sofisticada será su infraestructura, a fin de facilitar al cliente sus búsquedas. Por ello, se necesita mostrar en la página principal tanto un menú de categorías y subcategorías, como un motor de búsqueda

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

mediante palabras clave, ya que el programa de ventas cuenta con una base de datos.

Como mencionábamos, la tienda virtual debe permitir que el cliente elimine cualquier artículo, pero notemos también la necesidad de permitirle indicar la cantidad de unidades de un mismo artículo que desea borrar en caso de que lleve más de uno; por ejemplo, en principio pudo incluir en el menú de espera de compra dos películas en video, pero en el último momento decide que con una de ellas es suficiente y desea eliminar el sobrante. Una característica que diferencia el software elemental del de tercera generación, es la capacidad para indicar distintas variaciones de un mismo producto, por ejemplo, una camisa con una misma imagen impresa puede ofrecer al cliente las siguientes variaciones: ser de algodón, de lycra o de seda, en las tallas 40, 42, 44 y 46, en los colores verde, azul, rojo, etc. Naturalmente, esto no se hace mediante un único e interminable listado, sino a través de distintos menús desplegados, cada uno de los cuales muestra las opciones de las características mencionadas y en los que el cliente va escogiendo rápida y fácilmente. Por muchas variaciones que puedan existir de un mismo artículo cada uno de ellos tendrá su propio número de identificación o código para facilitar la tarea al vendedor.

Los cálculos se hacen mediante el software que memoriza los artículos que el cliente ha puesto en el menú de espera de compra. Una vez que el cliente está en disposición de realizar o formalizar la compra, el sistema calcula el total a pagar, incluyendo los gastos de envío e impuestos, y también le puede

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

informar la cantidad por la que asciende el importe en su propia moneda o en dólares, ya que las tiendas virtuales se dirigen al público de todo el mundo.

Existen distintos modos para realizar el cálculo de las tasas, precio, peso total o cantidad de productos. Dada la complicación que supone el manejo de tantas tasas y gastos de envío diferentes, algunos vendedores prefieren desactivar estas funciones y añadir tarifas exactas al total de la compra en la moneda más usual como el dólar. Calcular los costos internacionales puede ser especialmente complejo. Por ejemplo, los vendedores que han de pagar sus impuestos en los Estados Unidos de América, se encuentran con que las tasas aplicables no son las mismas para cada Estado y varían además, con demasiada frecuencia, para quien se encuentra con la tarea de actualización de la base de datos. Para simplificar estos problemas algunos programas se conectan a las empresas que realizan labores de envío rápido de correspondencia y mercaderías, para hacer cálculos exactos en tiempo real sin error a variaciones en las tasas y por lo tanto en los montos.

Cuando el cliente tiene que completar la transacción de modo seguro y eficiente, se está en la parte más importante del proceso de la compraventa. Es razonable que el cliente consumidor en Internet, difícilmente envíe el número de su tarjeta de crédito si la tienda virtual no dispone de un servidor seguro. El software de última generación está diseñado para trabajar con servidores seguros. Un buen sistema no almacena el número central de autorización de medios de pago bancario para su

respectivo proceso de autorización. Así, en cuestión de segundos la transacción está cerrada y el vendedor no tiene que preocuparse más que del envío de la mercancía o de la ejecución del servicio.

Algunos sistemas sencillos simplemente reciben el número de la tarjeta y validan su numeración mediante un sencillo programa que sólo comprueba que la numeración introducida está dentro de los parámetros utilizados por el emisor de la tarjeta. Una vez aceptada la tarjeta de crédito el sistema mostrará al cliente una pantalla con el informe final de su compra y le enviará, poco después, un correo informándole que el proceso se ha realizado satisfactoriamente y su pedido está en curso.

4.2 SITUACIÓN CULTURAL

El comercio electrónico es algo nuevo para todos, tanto para las empresas que están incorporando la tecnología a su negocio actual, como para las que están surgiendo para subsistir únicamente de operaciones “virtuales”, pero, sobretodo, para los consumidores que se ven expuestos a una más amplia gama de opciones de compra.

El cambio que involucra a los consumidores es una de las principales barreras a superar debido a que son ellos quienes, a fin de cuentas, deciden dónde adquirir sus productos y, por lo tanto, cuáles compañías sobrevivirán en el mercado. En este caso, la adopción del comercio electrónico se trata de un cambio

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

cultural debido a que se relaciona directamente con alteraciones en el comportamiento y costumbres de compra de las personas.³

Todo cambio cultural comienza con modificaciones en el ambiente en el que se desenvuelve la sociedad; por ello, para que la cultura del comercio electrónico sea más fácilmente asimilable se requiere que todos los involucrados hagan esfuerzos por impactar el ambiente actual.

Algunos de los factores críticos que pueden hacer este cambio cultural más fácil de asimilar son:

1) Penetración de computadoras. Para que las personas comiencen a adoptar el comercio electrónico primero deben familiarizarse con el uso de la computadora e incorporarla a sus actividades diarias. Aún existe en México y otros países latinoamericanos, un alto porcentaje de la población (entre el 70 y el 90%) que no tiene acceso a una computadora; y difícilmente estas personas podrán ser, al menos a corto plazo, mercado potencial para el comercio electrónico.

2) Accesibilidad de conexión a Internet. Una vez que se tiene una computadora y se está familiarizado con su uso, es necesario comenzar a familiarizarse con el Internet (esto también se puede dar en paralelo). Si los proveedores de conexión se esfuerzan por ofrecer servicios cada vez de mejor calidad y sobretodo a un mejor precio, será más fácil que el porcentaje de usuarios crezca.

³ POSTMAN, N., Five Things We Need to Know About Technological Change, Marzo 27, 1998. <http://www.newtech.org/address10>

3) Mejorar la oferta. Una vez que la persona conoce y usa Internet, lo siguiente es empezar a estar en contacto con la variedad de productos y servicios que se le ofrecen. Si el realizar la compra de forma electrónica no ofrece al usuario ningún beneficio (mejores precios, disponibilidad, tiempo de entrega, mejores servicios, productos/servicios innovadores, etc.) será mucho más difícil el cambio; las compras en Internet serán sólo para aquéllos que quieran "probar" este nuevo método pero no representará una ventaja que llegue a sustituir a la compra tradicional. Por esto, es indispensable que desde que se crea un negocio en Internet, se desarrolle una oferta atractiva y pensando en las ventajas que harían al cliente preferir el e-comercio.

4) Confianza del mercado. El principal reto en México y otros países es crear confianza en las personas, que sientan seguridad al realizar compras en Internet. Definitivamente ésta es una barrera que será más fácil de eliminar si se cuenta con todo el soporte de los puntos anteriores.⁴

Aún falta mucho camino por recorrer en lo que se refiere a comercio electrónico; estamos aprendiendo sobre la marcha, pero si convertimos este cambio cultural en un esfuerzo conjunto en el que las empresas de infraestructura apoyen el desarrollo y hagan más disponibles los paquetes de acceso a Internet, las empresas de equipo ofrezcan planes de financiamiento innovadores que hagan menos costosa la adquisición de computadoras, los negocios de

⁴ POSTMAN, N., Five Things We Need to Know About Technological Change, Marzo 27, 1998. <http://www.newtech.org/address10>

Internet desarrollen ofertas atractivas para los consumidores, e incluso el gobierno introduzca al Internet en sus planes educativos, es más factible que muy pronto se vean resultados.

4.3 REGULACIÓN JURÍDICA

Para comenzar es necesario realizar precisiones conceptuales que conducen al desarrollo temático entre dos cuestiones centrales: la contratación electrónica por un lado y la contratación informática por la otra.

4.3.1 La CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Es la que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo.

Desde una óptica amplia, son todos los contratos que se celebran por medios electrónicos o telemáticos⁵.

Desde una óptica restringida, se consideran solamente aquellos contratos que se celebran mediante EDI (transmisión electrónica de datos) en el desarrollo del Business to Business (B2B)⁶, y por otro lado, los contratos que se celebran dentro de la Internet o Business to Consumers (B2C)⁷.

⁵ *Telemática, conjunto de servicios y técnicas que asocian las telecomunicaciones y la informática. La telemática ofrece posibilidades de comunicación e información, tanto en el trabajo como en el hogar. Agrupa servicios muy diversos, por ejemplo, la telecopia, el teletexto o las redes telemáticas como Internet.*

⁶ *Modalidad de comercio electrónico en que las operaciones comerciales se realizan entre empresas y no con usuarios finales.*

⁷ *Modalidad de comercio electrónico en el que las operaciones comerciales se realizan entre una empresa y sus usuarios finales.*

4.3.2 CONTRATOS INFORMÁTICOS

Son los que tienen por objeto la transacción de bienes o de servicios informáticos.⁸

Se consideran bienes informáticos a los elementos materiales que componen el hardware, su unidad de procesamiento, los periféricos, y todos los otros equipos que componen el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales, que proporcionan las órdenes, los datos, los procedimientos y las instrucciones en el tratamiento automático de información, cuyo conjunto constituye el soporte lógico del elemento informático.

Los servicios informáticos son los que sirven de apoyo a la informática: el diseño, el análisis y el mantenimiento del sistema de una empresa.

Los contratos electrónicos se desprenden de la telemática, de esta manera se puede decir que la forma de llevar a cabo el contrato puede variar según el medio electrónico, el cual se podría desprender del acuerdo de voluntades que se hace mediante cualquier medio electrónico; así pues, considero que un acuerdo de voluntades manifestado por las partes valiéndose de un fax, un teléfono, un sistema de mensajes electrónico y un correo de esta índole, así como de la contratación en una página web, son en todo caso, contratos electrónicos.

⁸ Cfr. TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Derecho informático, op. cit., p. 115.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Se podría desprender una amplia gama de ellos, de hecho cualquier contrato tanto de derecho común, como de derecho mercantil, que la ley no exija una formalidad escrita para su validez y aunque así lo exija, se puede llevar a cabo mediante el uso de cualquier medio telemático.

Es difícil poder establecer una regulación jurídica homogénea de los contratos de compraventa electrónica, ya que éstos pueden ser, por la misma naturaleza del medio por el cual se llevan a cabo (como los celebrados dentro de una página web), de un inminente carácter internacional.

Esto no quiere decir que en nuestro derecho interno, la compraventa electrónica quede del todo fuera del contexto legal, ya que existen diversos tratados internacionales que permiten de una manera simple y llana la homologación de sus parámetros regulatorios dentro del contexto legal de cada país.

Debido a la característica internacional que tienen estos contratos, es prudente iniciar su análisis legal a la vista del derecho internacional.

El principal punto de partida para establecer la regulación jurídica de los contratos de compraventa electrónica lo encontramos en la Ley Modelo de la CNUDMI⁹ Sobre Comercio Electrónico de 1996, propuesta en cumplimiento con el acuerdo 51/162, recaído el día 16 de diciembre de 1996, mediante Sesión Plenaria No. 22 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

⁹ *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Internacional, con el mandato y la conveniencia de la elaboración de una ley modelo que facilitara el uso del comercio electrónico y fuera aceptable para los Estados que tengan sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes, y así poder contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones económicas internacionales armoniosas para regular los asuntos referentes a la contratación electrónica de los países miembros como el nuestro, y que de alguna manera sirve de base para armonizar disposiciones legales nacionales de cada país sobre principios generales de comercio electrónico, encriptación de archivos digitales, firma electrónica, etc.

En el Capítulo I, "Disposiciones Generales," en su artículo 1° se establece el ámbito de aplicación. En él se menciona que la ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, utilizada en actividades comerciales. Cabe hacer mención que esta ley no tiende a derogar ninguna norma jurídica tanto internacional como nacional destinada a la protección del consumidor. En cuanto al término "comercial", los miembros de la Comisión señalaron que este término deberá ser interpretado de una manera amplia, que permita abarcar todas las cuestiones de esta índole, sean o no derivadas de relaciones contractuales, comprendiendo las siguientes:

- Toda operación de suministro o intercambio de bienes o servicios;
- Todo acuerdo de distribución;
- Toda operación de representación o mandato comercial, de factoraje, leasing (arrendamiento), de construcción de obras,

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

consultoría, ingeniería, concesión de licencias, de inversión, de financiamiento, 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;
- Todo acuerdo para el transporte de mercancías o de pasajeros vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Cabe hacer una aclaración a lo estipulado por esta Comisión de la UNCITRAL¹⁰ o CNUDMI, que si bien en esta ley en comento se prevé la regulación de las relaciones comerciales, sean o no derivadas de un contrato, también es cierto que cualquier relación comercial por fuerza de ley tiene que derivarse de un acuerdo entre las partes.

Por su lado el Artículo 2 hace un análisis de términos muy útiles para su posterior estudio, estableciendo qué se entenderá por:

- a)** Mensaje de datos: Toda información generada, enviada, recibida, 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 telex, etc.
- b)** Intercambio Electrónico de Datos (EDI): La transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

¹⁰ *United Nations Commission on International Trade Law*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

- c)** Iniciador de un mensaje de datos: Toda persona que, al 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 del intermediario con respecto a él.
- d)** Sistema de información: Será todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

En el Capítulo II "Aplicación de los Requisitos Jurídicos a los Mensajes de Datos", el Artículo 5 es de vital importancia, ya que establece la fuerza legal y reconocimiento jurídico de todo tipo de mensajes de datos, por lo que hay que recordar que en cualquier tipo de Mensaje de Datos, el medio para manifestar las voluntades de los contratantes es a través de él; por tanto, el artículo estipula que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que ésta se encuentre en un mensaje de datos. Lo anterior es una de las disposiciones que nuestra legislación adoptó en las reformas del año 2000 en materia comercial, a las cuales me referiré en su oportunidad.

El hecho de que un acuerdo de voluntades conste en un mensaje de datos, no quita la posibilidad tanto técnica como legal de que éste pueda constar por escrito, cuando la ley así lo requiera. Es por esto que el artículo 6 del referido ordenamiento señala que cuando la ley nacional exija que la información que se encuentra en un mensaje de datos conste por escrito, tal requisito quedará satisfecho si la información es accesible para su ulterior consulta.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

De la mera interpretación textual de esta parte del artículo 6 podemos decir que la ley no exige de manera literal la existencia material del mensaje de datos; esto es, que quede impresa en papel; por el contrario, la ley en comento toma una posición flexible al implantar el único requisito de que la información que consta en un mensaje de datos, esté permitida para su ulterior consulta mediante cualquier sistema técnico de almacenamiento.

Por su parte, el Artículo 7 establece las formas en que quedará satisfecho el requisito que haga la ley interna de cada país en cuanto a la firma de una persona en un mensaje de datos. Estas formas serán:

- 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 (podríamos entender de una simple interpretación a este inciso que el "método" al que se hace referencia, sería la misma cuenta de correo electrónico o en su caso el acuse de recibo en donde consta tal cuenta, la que avalaría el mensaje de datos en formato HTML, en el caso de ser la contratación por medio de correo electrónico); 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.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

El Artículo 8 señala que basta con conservar y presentar en su formato original un mensaje de datos cuando la ley nacional de cada país así lo requiera y cuando el mensaje de datos permita, para darle validez a los mismos:

- a) Demostrar la garantía fidedigna de que en éste se ha conservado la integridad del mensaje o 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 (esta 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, por lo que 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);
- b) En el caso de requerirse que la información sea presentada, bastará con que pueda ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

En cuanto a la admisibilidad y a la fuerza probatoria de los mensajes de datos, el Artículo 9 señala que en todo trámite legal no se deberá aplicar ningún tipo de regla interna de la legislación de cada país, y por tanto, deberá de ser excluida de dicha legislación al homologarse a esta Ley Modelo, toda aquella disposición que sea óbice para la admisión de un mensaje de datos como prueba en juicio, por:

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

- a) La sola razón de que se trate de un mensaje de datos;
- b) La 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.

Termina refrendando este artículo en su último párrafo, que toda información presentada en forma de mensaje de datos, gozará de la debida fuerza probatoria, y 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 que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y a cualquier otro factor pertinente.

El Artículo 10 hace referencia a la conservación de los mensajes de datos y señala que cuando la ley nacional 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 siguientes condiciones:

- a) Que la información que contengan sea accesible para su ulterior consulta;
- 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

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

- c) Que se conserve, de haber alguno, todo dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Por otro lado se señala que solamente se deberán de guardar los documentos que sean de vital importancia para dilucidar cualquier tipo de convergencia, por lo que aquellos datos que tengan por única finalidad facilitar el envío o recepción del mensaje, no será necesario el conservarlos.

Respecto a la figura de los Proveedores del Servicio o Acceso a Internet (ISP)¹¹, en este artículo se establece que toda persona podrá recurrir a su proveedor para obtener toda información almacenada en las bases de datos de éste, por lo que en tal caso, el proveedor queda obligado a proporcionar dicha información en el momento que le sea requerida.

En cuanto al Capítulo III "Comunicación de los Mensajes de Datos", queda condicionada su aplicación a la legislación nacional por el artículo 4 al establecer que salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna forma mensajes de datos, las cuestiones concernientes a la formación y validez de los contratos, reconocimiento de los mensajes de datos por las partes, atribución de los mensajes de datos, acuses de recibo, etc., podrán en todo momento ser pactadas libremente por las partes contratantes.

¹¹ *Internet Service Provider*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

El Artículo 11, nos habla de la formación y validez de los contratos, por lo que de su interpretación, éste resulta ser reiterativo de lo que establecen los anteriores artículos. El apartado señala que en la formación de un contrato, siempre y cuando las partes no convengan otra cosa, podrá celebrarse mediante un mensaje de datos, por lo que no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato, por la sola razón de haberse hecho en forma de datos.

En cuanto a la atribución de un mensaje de datos, el Artículo 13 da la pauta a seguir, estableciendo que:

- a) Un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador;
- b) Se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, si ha sido enviado por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente;
- c) En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, el destinatario tendrá derecho a considerar que un mensaje de datos proviene del iniciador, y en su caso actuar en consecuencia, cuando para comprobar que el mensaje provenía del iniciador, el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento aceptado previamente por el iniciador con ese fin, o 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. Dentro de la

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

contratación electrónica por Internet, sucede este supuesto, cuando a nombre del iniciador un mandatario o factor mercantil, debidamente autorizado por parte del mandante o principal en su caso, con los poderes correspondientes, actúa a nombre de su mandante o principal mediante el uso en este caso, de la cuenta de correo electrónica y de servicio de Internet, por lo que basta con este simple hecho, para que se entienda por debidamente representado al mandante o principal del negocio sin que medie la exhibición de los poderes en el acto que así lo acrediten y quizá, sea prudente que dentro del mensaje de datos se exprese esta situación.

En este sentido, este inciso no se aplicará cuando:

1. El destinatario haya sido informado por el iniciador de que el mensaje de datos no provenía del iniciador o de persona autorizada por él siempre y cuando el iniciador haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia;
2. El destinatario sepa que el mensaje de datos no provenía del iniciador.

Se establece en este mismo artículo que siempre que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo al supuesto de que el mensaje de datos provenga del iniciador; el destinatario tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá actuar en consecuencia; cosa en contrario sucederá si el destinatario del

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

mensaje sabía que la transmisión adolecía desde un inicio de error en el mensaje de datos.

El acuse de recibo de un mensaje de datos se encuentra regulado por el Artículo 14 de la ley modelo en comento.

1. Se establece que los párrafos del 2 al 4 de este 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 el 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 de recibo mediante:
 - Toda comunicación del destinatario, automatizada o no; o
 - Todo acto del destinatario, que baste 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.

El anterior párrafo, es la base para establecer que dentro del acuerdo de voluntades en este caso, opera la teoría de la

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

recepción ya que el informe que haga el destinatario respecto de la oferta, deberá ser recibido por el iniciador ya que en tanto esto no opere así, se entenderá que el mensaje de datos no ha sido enviado.

4. Por el contrario, cuando el iniciador no haya indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, si el iniciador no ha recibido acuse en el plazo fijado o convenido, o simplemente no se convino ningún plazo, el iniciador podrá:

- Dar aviso al destinatario de que no ha recibido acuse de recibo y fijar un plazo razonable para su recepción; y
- De no recibirse acuse dentro del plazo fijado podrá, dando aviso de ello al destinatario, considerar que el mensaje de datos no ha sido enviado o ejercer cualquier otro derecho que pudiera tener.

5. Cuando el iniciador reciba acuse de recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos correspondiente. Esta presunción no implicará que el mensaje de datos corresponda al mensaje recibido.

6. Sólo se entenderá que el mensaje de datos será el original cuando el acuse cumpla con los requisitos técnicos convenidos.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

El Artículo 15 establece el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos y señala:

1. De no convenir otra cosa entre 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.

Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue:

- a. En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o
- b. De enviarse el mensaje de datos a un sistema del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos.

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. Todo lo anterior, opera aun cuando el sistema de información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el mensaje.

4. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Por lo tanto, si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, se entenderá para efectos de dar con el origen de mensaje de datos aquel lugar donde las partes tengan una relación más estrecha con la operación subyacente, o en su caso, su establecimiento principal, por lo que en el supuesto de que alguno de ellos no cuente con un establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Es importante señalar que de la interpretación de este último artículo, es indudable el hecho de que la naturaleza misma del contrato que se celebra a través de medios electrónicos se refiere sin duda a la contratación entre ausentes.

Es prudente hacer énfasis en cuáles serían esas formas fiables y nobles del almacenamiento de la información de los mensajes de datos, así como de las maneras en que opera la transmisión de los datos.

En el mundo de la informática, en el campo de desarrollo del tema que hoy nos ocupa, así como el Internet conjugado con el derecho, podrían bifurcarse dos importantes caminos hacia la manera de dejar algún rastro en las voluntades de las partes que se han manifestado a través de la Internet.

Estas dos maneras de generación, conservación, comunicación y almacenamiento de los mensajes de datos, técnicamente funcionan de maneras distintas tratándose de la Internet; una

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

mediante el correo electrónico y la otra mediante el uso de los archivos temporales de Internet o cookies.

➤ Almacenamiento de los Mensajes de Datos a través del Correo Electrónico

La contratación deriva de un acuerdo manifestado simplemente mediante un mensaje de datos en formato HTML o mejor conocido como correo electrónico, mediante cualquiera de los dos navegadores de Internet o browser's más conocidos, ya sea Internet Explorer de Microsoft o Navigator de Netscape.

Para el caso de Internet Explorer de Microsoft, existe un programa de e-mail conocido como "Outlook Express", que permite tener un control de mensajes en línea y hacerlos de manera segura, ya que no pueden ser modificados por el destinatario, una vez que éste ha sido recibido como un acuse; en cada mensaje se incluye la hora y la fecha en que llegó el mensaje al centro de recepción de mensajes del intermediario, o Proveedor de Acceso a Internet (ISP) y es imposible dentro del mismo programa hacer una modificación a la información recibida.

También se prevé la posibilidad para las partes que usan este programa, de que el correo electrónico pueda ser firmado digitalmente, permitiendo al destinatario del correo comprobar su identidad. Al cifrar un mensaje de correo electrónico se impide

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

que otras personas lo lean mientras está en tránsito. De igual manera, el programa permite el almacenamiento de los correos electrónicos tanto enviados como recibidos dentro del mismo programa, o fuera de él; esto en el caso de que se haga uso del servicio de e-mail, proporcionado por el Proveedor de Servicios de Internet.

Una vez analizado lo anterior, cabe señalar que en el caso de la contratación de tercera generación, directamente dentro de la página web de cada vendedor o prestador de un servicio, existen sistemas que permiten el almacenamiento de bases de datos que contienen campos tales como el nombre de cada artículo, un número de identificación o código que hace más sencillas las tareas de mantenimiento, descripción, precio, peso (para calcular los gastos de envío), fotografía, tallas, colores, así como la fase final de cada compra en donde el cliente adquiere el producto y selecciona la forma de pago.

Todo esto funciona con una "página principal" o "vitrina" y para el caso de aquellas tiendas virtuales lo suficientemente grandes en cuanto a los productos que ofertan, el vendedor se ve en la necesidad de ampliar su "página principal" mediante enlaces de texto y/o fotos en miniatura, en páginas individuales por cada uno de los artículos, porque la "página principal se convierte en una simple presentación de la compañía o la empresa que se dedica a la compraventa electrónica y es a través de la cual se echa a andar el funcionamiento del motor de búsqueda mediante palabras clave que accesa el comprador.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿de qué manera queda un registro de todos los datos de una compraventa electrónica de tercera generación?

La respuesta a esta interrogante puede realizarse de varias maneras:

Lo más usual cuando se realiza una compraventa electrónica es que el oferente una vez teniendo la notificación de autorización por parte de la Central de Autorización de Medios de Pago de la liquidación hecha por el comprador, en el caso de que ésta haya sido realizada por medio de una tarjeta de crédito, el oferente manda un correo electrónico al comprador con la página original para el acuse de recibo y confirmación que éste use, informándole el éxito de la compraventa y reiterándole las características, cantidades, precio y tiempo de envío del artículo o servicio vendido.

Otra manera de obtener un registro de cada uno de los pasos, desde la selección del producto, hasta el acceso de información personal dentro del registro del oferente vendedor y la aceptación de la oferta con el acceso a la forma de pago, radica en la cultura preventiva de cada consumidor en Internet; el consumidor podría en un momento dado guardar dentro del disco duro de su computadora o en cualquiera de las unidades extraíbles, cada uno de los procesos de la compraventa, o sea, cada ventana o página a la que haya accedido como requisito para concluir las etapas de la compraventa, o en su defecto, cada ventana o

página podrían ser impresas en papel si las condiciones técnicas del equipo así lo permiten.

- Almacenamiento de los Mensajes de Datos a través de los archivos temporales de Internet

En aquellos casos en los que no haya existido un acuse de recibo o notificación del éxito de la compraventa al comprador por parte del vendedor, o bien, el primero no haya tomado la debida precaución de almacenar o imprimir en papel todos los datos a los cuales se tuvo acceso en la compraventa, en un momento dado y quizá como un último recurso, se podría acudir a los llamados cookies o como también se les denomina en el programa operativo de Windows de Microsoft, "Archivos Temporales de Internet".

Estos cookies no son nada más que el antecedente o registro que queda de cada "visita" que hace una persona dentro de las páginas web de la red. El fin principal de las cookies es de tipo técnico; la finalidad de estos archivos temporales de Internet es dejar un registro dentro del disco duro de la computadora de un usuario de cada una de las páginas e inclusive imágenes y demás archivos adjuntos que se descargan cuando éste entra a determinada página web, permitiendo al usuario una descarga rápida de la página en posteriores consultas.

Indudablemente las cookies tienen repercusiones jurídicas, la principal es que sirven como medio de prueba en las relaciones jurídicas que se dan a través de la Internet.

Por otro lado, tenemos los ***Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio Electrónico***, aprobados el 9 de diciembre de 1999, por el Consejo de la OCDE¹²; están diseñados para apoyar a los consumidores a fin de que estén protegidos cuando hacen sus compras en línea, en un nivel no menor a cuando lo hacen en alguna tienda cercana u ordenan por catálogo. Los lineamientos tienen el propósito de ayudar a eliminar algunas de las incertidumbres que ambos, consumidores y empresas, encuentran cuando compran y venden en línea.

El resultado de 18 meses de discusiones entre representantes de los gobiernos, miembros de la OCDE y las organizaciones de empresas y consumidores, permitirá desarrollar e implantar mecanismos de protección al consumidor, sin crear barreras al comercio.

Los *Lineamientos* reflejan medidas legales de protección que ya están disponibles para los consumidores en formas de comercio más tradicionales. El objeto central es fortalecer prácticas equitativas de negocios, de publicidad y de mercadotecnia; promover información clara acerca de la identidad de los negocios en línea, así como de los bienes y servicios que éstos ofrecen y de los términos y condiciones de cualquier transacción; asegurar procedimientos transparentes para la confirmación de las operaciones; establecer mecanismos seguros de pago; impulsar procedimientos justos, oportunos y costeables de

¹² Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

solución de controversias y de reparación del daño; alentar la confidencialidad; y, fomentar la educación de los consumidores y las empresas dentro de la Internet.

Los *Lineamientos* son tecnológicamente neutrales, fortalecen las iniciativas del sector privado que contemplan la participación de representantes de los consumidores y enfatizan la necesidad de cooperación entre éstos últimos, gobiernos y empresas.

Los *Lineamientos* fueron redactados y sometidos al Consejo por el Comité de Política del Consumidor. El texto fue preparado con la ayuda de un grupo de trabajo que se reunió varias veces bajo la conducción de la Oficina de Asuntos del Consumidor dependiente de Industria de Canadá. Versiones sucesivas fueron redactadas por la Consultora del Secretariado de la OCDE.

Se recomendó que los países miembros adoptaran las medidas necesarias para implantar artículos relevantes de los lineamientos, como puede ser que:

- difundan ampliamente los Lineamientos a todas las dependencias y organismos gubernamentales, sector empresarial involucrado en el comercio electrónico, representantes de los consumidores, medios masivos de comunicación, instituciones educativas y otros grupos de interés público relevantes.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

- Alienten a empresas, consumidores y sus representantes a adoptar un papel activo en promover la implantación de los Lineamientos a los niveles internacional, nacional y local.
- Motiven a los gobiernos, empresas, consumidores y sus representantes en la participación y consideración de recomendaciones provenientes del análisis permanente de reglas relacionadas con las leyes vigentes y la jurisdicción de su aplicación.
- Inviten a países no miembros a tomar en cuenta los términos de estas recomendaciones para efectos de la revisión de sus políticas, iniciativas y regulaciones sobre los consumidores.
- Promuevan la consulta, la cooperación y el intercambio de información entre países miembros y no miembros, así como entre las empresas, los consumidores y sus representantes en ambos niveles: nacional e internacional, a fin de proporcionar protección efectiva a los consumidores en el contexto del comercio electrónico, de acuerdo con los Lineamientos.
- Implanten los Lineamientos de manera que se fomente el desarrollo de nuevos modelos de negocios y de aplicaciones tecnológicas en beneficio de los consumidores, y se motive a éstos para que aprovechen los medios disponibles a fin de fortalecer su posición como compradores.

Derivado de los citados lineamientos y recomendaciones emitidas por la OCDE, a mediados del año dos mil surgen las reformas a la legislación civil, mercantil y de protección de los

derechos del consumidor, en el sentido de regular las transacciones electrónicas.

4.3.3 REGULACIÓN NORMATIVA

Cabe hacer mención a las reformas y adiciones correspondientes a la Legislación Civil Mercantil y de Protección de los Derechos al Consumidor que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 29 de mayo de 2000 y 29 de agosto de 2003, a las que a continuación me referiré brevemente, a fin de contar con el marco jurídico nacional en relación con el tema de estudio.

Código Civil Federal:

En cuanto al consentimiento en los contratos, éste se dará de dos maneras: tácita y expresa, por lo que el consentimiento será expreso cuando la voluntad se manifiesta *verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, por signos inequívocos*, y será tácito cuando *resulte de hechos o de actos que presupongan o que autoricen a presumirlo*, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente (según lo establece el artículo 1803 en sus dos fracciones).

Para el caso de que la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará *a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata* (según lo establece el Artículo 1805).

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Se establece dentro de las reformas la posibilidad de que *la propuesta y aceptación sean hechas a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología*, por lo que se prevé el hecho de no requerir de una estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos la propuesta y la aceptación de la oferta siempre y cuando ésta se lleve a cabo mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, y que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios, sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta (Artículo 1811 y Artículo 1834 Bis).

El propio Artículo 1834 Bis continúa prescribiendo que para los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas *podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología*, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar, en el propio instrumento, los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

Código Federal de Procedimientos Civiles:

Si bien antes de esta reforma únicamente se preveía la posibilidad para poder señalar algún medio de prueba distinto a lo siempre establecido (documentos, testimoniales, etc.) y que le permitiera al juzgador conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, y se establecía que el juez podía valerse de cualquier persona fuere parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento sin más limitación que la de que las pruebas no estuvieren prohibidas por la ley, ni fuesen contrarias a la moral, también es cierto que la información que pudiese constar en medios electrónicos era poco recurrida por los abogados debido a la renuencia de los jueces de aceptarla como prueba en juicio.

Es por esto que existió la necesidad de hacer un señalamiento expreso en la ley de este tipo de pruebas, para que los jueces consideraran como medio de prueba a toda información que constare en cualquier medio electrónico. Hoy en día, con la reforma al Artículo 210-A, se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Pero esto no es todo, se establece que para valorar la fuerza probatoria de la información contenida en medios electrónicos, se estimará primordialmente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta cumpliendo para ello con lo establecido por el Artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996.

Código de Comercio

Del Registro del Comercio

Es de vital importancia el contenido de esta reforma, ya que primeramente en cuanto al hoy en día llamado Registro Público de Comercio, éste se desligó del Registro Público de la Propiedad, por lo que su operación correrá a cargo de la Secretaría de Economía (lo que antes fue la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial), y en cada entidad federativa existirán oficinas del Registro Público de Comercio que demande el tráfico mercantil, previendo un registro electrónico de todos los actos registrables junto con una base de datos histórica. Con esto se cumple con la necesidad de separar al Registro Público de la Propiedad del Registro de Comercio, en el sentido de que el primero se refiere a una instancia local y el segundo a una instancia federal.

En este entendido se comprenden en materia de reformas en el ámbito del registro del comercio las siguientes:

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

El Artículo 18 del Código de Comercio, señala que en el Registro Público del Comercio se inscriben además de los actos mercantiles, todos aquellos que se relacionan con los comerciantes y que conforme a la legislación lo requieran.

La operación del Registro Público del Comercio está a cargo de la Secretaría de Comercio y Fomento industrial (hoy Secretaría de Economía), auxiliándose además de las autoridades responsables del Registro Público de la Propiedad en los Estados y en el Distrito Federal y de los convenios de coordinación que se suscriban conforme a lo dispuesto por el artículo 116, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para estos efectos se prevé la existencia de oficinas del Registro Público de Comercio en cada entidad federativa que demande el tráfico mercantil.

La Secretaría emitirá los lineamientos necesarios para la adecuada operación del Registro Público de Comercio, que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación, por lo que considero acertado el comentario hecho por el maestro Miguel Acosta Romero, en el sentido de que esta facultad es totalmente inconstitucional, puesto que el Secretario de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretario de Economía), no cuenta con las debidas facultades para expedir reglamentos administrativos de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que si bien son simples "lineamientos", éstos deberán ser incorporados dentro del

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

reglamento del Registro del Comercio, el cual deberá expedir el Presidente de la República, con fundamento en la Fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se establece que el Registro Público del Comercio operará con un programa informático y con una base de datos central interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas y que las bases de datos contarán con al menos un respaldo electrónico (Artículo 20 del Código de Comercio). Esto es uno de los avances más esperados en las reformas de 2000, ya que con esto se tiene mucho mayor rapidez tanto en el registro como en la consulta a las bases históricas de datos del propio registro ya que mediante este programa informático se realizará la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información registral.

Las bases de datos del Registro Público del Comercio en las entidades federativas se integrarán con el conjunto de la información incorporada por medio del programa informático de cada inscripción o anotación de los actos mercantiles inscribibles, y la base de datos central con la información que los responsables del Registro incorporen en las bases de datos ubicadas en las entidades federativas.

El programa informático será establecido por la Secretaría, por lo que dicho programa y las bases de datos del Registro Público del

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Comercio, serán propiedad del Gobierno Federal y no de ningún particular.

En caso de existir discrepancia o presunción de alteración de la información del Registro Público del Comercio contenida en la base de datos de alguna entidad federativa, o sobre cualquier otro respaldo que hubiere, prevalecerá la información registrada en la base de datos central, salvo prueba en contrario.

El Artículo 21 del Código que se analiza, establece la existencia de un folio electrónico para cada comerciante o sociedad, y el Artículo 21 bis, del mismo ordenamiento, establece el procedimiento para la inscripción de actos mercantiles en el Registro Público de Comercio, el cual tendrá como bases entre otras, el ser automatizado y estar sujeto a plazos máximos de respuesta; constar de las fases de recepción, física o electrónica de la forma precodificada, acompañada del instrumento en el que conste el acto a inscribir, pago de los derechos, generación de la boleta de ingreso y del número de control progresivo e invariable para cada acto; análisis de la forma precodificada y la verificación de la existencia o inexistencia de antecedentes registrales y en su caso, preinscripción de dicha información a la base de datos ubicada en la entidad federativa; calificación en la que se autorizará en diminutiva la inscripción en la base de datos *mediante firma electrónica* del servidor público competente, con lo cual se generará o adicionará el folio mercantil electrónico correspondiente, y la emisión de la boleta de inscripción que será entregada, física o electrónicamente.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

También estas reformas dejan abierta la posibilidad a una dualidad del registro; cuando conforme a la ley, algún acto o contrato deba inscribirse en el Registro Público de la Propiedad o en registros especiales, la inscripción en dichos registros será bastante para que surtan los efectos correspondientes del derecho mercantil, siempre y cuando en el Registro Público de Comercio se tome razón de dicha inscripción y de las modificaciones de la misma (Artículo 22 del Código de Comercio).

Es importante señalar que cuando se trate de sociedades extranjeras, éstas deberán acreditar, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, estar constituidas conforme a las leyes de su país de origen y autorizadas para ejercer el comercio por la Secretaría, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales.

En cuanto a la falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, el Artículo 27 del referido ordenamiento señala que tal supuesto hará que estos actos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueren favorables.

Respecto a la base de datos histórica con la que actualmente cuenta el Registro Público del Comercio, el Código de Comercio establece en el Artículo 30 la posibilidad de que los particulares consulten dichas bases y, en su caso, solicitar las certificaciones respectivas, previo pago de los derechos correspondientes.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Estas certificaciones se expedirán previa solicitud por escrito, la cual deberá contener los datos que sean necesarios para su localización y además, en su caso, la mención del folio mercantil electrónico correspondiente, previendo la posibilidad de que los particulares realicen la solicitud de actos aún no inscritos, pero ingresados a la oficina del Registro Público de Comercio; en este caso, las certificaciones se referirán a los asientos de presentación y trámite.

Por su parte el Artículo 30 Bis del mismo ordenamiento, señala que la Secretaría podrá autorizar el acceso a la base de datos del Registro Público de Comercio a las personas que así lo soliciten y cumplan con los requisitos para ello (pago de derechos, acreditar su personalidad con firma electrónica, etc.), sin que dicha autorización implique en ningún caso inscribir o modificar los asientos registrales.

Es conveniente señalar que el trámite de consulta a la base de datos y el de expedición de certificados es *posible hacerlo mediante el uso de las nuevas tecnologías de comunicación y de información como la Internet*, ya que en un mero análisis interpretativo, el segundo párrafo del Artículo 30 Bis referido, establece que será la Secretaría quien certifique los medios, la información relacionada con el Registro Público de Comercio, así como la de los demás usuarios del mismo, y ejercerá el control de estos medios a fin de salvaguardar la confidencialidad de la información que se remita por esta vía.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

También los Notarios y Corredores Públicos no podían escapar al uso de toda esta revolución informática y de comunicación, ya que ellos, mediante las reformas en comento, podrán hacer el envío de información por medios electrónicos al Registro de Comercio y de igual manera, se hará la remisión que éste efectúe al fedatario público correspondiente (Artículo 30 Bis del Código de Comercio).

Esta autorización de acceso a la base de datos del Registro, así como su cancelación, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

Los únicos casos para que sea denegada la inscripción de los documentos mercantiles que se presenten a los registradores, serán cuando el acto o contrato que en ellos se contenga no sea de los que deben inscribirse, esté en manifiesta contradicción con los contenidos de los asientos registrales preexistentes, o el documento de que se trate no exprese, o exprese sin claridad suficiente, los datos que deba contener la inscripción (Artículo 31 del Código de Comercio).

En cuanto al Título Segundo, "De las Obligaciones Comunes a todos los que Profesan el Comercio", Capítulo IV "De la Correspondencia", se dio una importante reforma, ya que hoy por hoy, con las reformas se da un amplio parámetro de los medios de sujeción de todos los contratos, convenios o compromisos de los comerciantes y que deberán conservar por el mismo periodo. Así pues, los comerciantes estarán obligados a conservar los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

cualesquiera otros documentos en que se consignen sus compromisos.

Se establece también que para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser mostrada, por lo que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretaría de Economía) emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.

En cuanto a las reformas del Libro Segundo, "Del Comercio en General", el Artículo 80 del Código de Comercio señala que respecto de los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. Esto en cumplimiento con lo establecido por los Artículos 14 y 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, por lo que opera en todo momento la "teoría de la recepción", en cuanto a la aceptación de la oferta y la contratación entre ausentes.

Las reformas elaboradas al Código de Comercio, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 2003, retoman infinidad de conceptos de los previstos en Ley Modelo de la

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

CNUDMI Sobre Comercio Electrónico de 1996, siendo éstas las siguientes:

- Establece que las disposiciones del referido ordenamiento regirán en toda la República Mexicana, en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte.
- Que las actividades reguladas por el mismo ordenamiento legal, serían sometidas en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del mensaje de datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la firma electrónica en relación con la firma autógrafa.
- Que en los actos de comercio y en la formación de los mismos podrían emplearse medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Asimismo se establecen dentro del contenido del propio Código de Comercio una serie de definiciones, a fin de no dejar sujeto a interpretación el significado correcto de palabras clave utilizadas frecuentemente en este tema, como las siguientes:

Certificado: Todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de firma electrónica.

Datos de Creación de Firma Electrónica: Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

genera de manera secreta y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante.

Destinatario: La persona designada por el emisor para recibir el mensaje de datos, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a dicho mensaje.

Emisor: Toda persona que, al tenor del mensaje de datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario.

Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Firma Electrónica Avanzada o Fiable: Aquella firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97 del Código de Comercio.

Se homologa el término de firma digital al de firma electrónica.

Firmante: La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

Intermediario: En relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra,

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

Mensaje de Datos: La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

Parte que Confía: La persona que, siendo o no el destinatario, actúa sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.

Prestador de Servicios de Certificación: La persona o institución pública que preste servicios relacionados con firmas electrónicas y que expide los certificados, en su caso.

Sistema de Información: Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.

Titular del Certificado: Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el certificado.

- Se establece que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un mensaje de datos.
- Se plantea que se presumirá que un mensaje de datos proviene del Emisor si ha sido enviado:
 - I. Por el propio emisor;
 - II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del emisor o por alguna persona facultada para

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

actuar en nombre del emisor respecto a ese mensaje de datos, o

III. Por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

- Supone una presunción de que un mensaje de datos ha sido enviado por el emisor y, por lo tanto, el destinatario o la parte que confía, en su caso, podría actuar en consecuencia, cuando se haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado con el emisor, con el fin de establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o que el mensaje de datos que reciba el destinatario o la parte que confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el emisor para identificar un mensaje de datos como propio.
- Asimismo, establece previsiones a fin de evitar situaciones no deseadas por las partes, en el caso de que el emisor notifique que la información enviada no es reconocida por éste, dejando sin efectos en ese supuesto, lo contenido en el párrafo que antecede.
- Con relación al momento en el cual se estima que el destinatario ha recibido un mensaje de datos por parte del emisor, se establece que éste tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, o de no haber un sistema de

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

información designado, se entenderá que el destinatario ha recibido el mensaje cuando lo hubiere recuperado.

En lo referente a acuse de recibo de mensajes de datos, se establece que se esté a lo siguiente:

I. Si al enviar o antes de enviar un Mensaje de Datos, el Emisor solicita o acuerda con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:

a) Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no,
o

b) Todo acto del Destinatario, que baste para indicar al Emisor que se ha recibido el Mensaje de Datos.

II. Cuando el Emisor 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 en el plazo fijado por el Emisor o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio, a partir del momento del envío del Mensaje de Datos;

III. Cuando el Emisor haya solicitado o acordado con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, independientemente de la forma o método determinado para efectuarlo, salvo que:

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

a) El Emisor no haya indicado expresamente que los efectos del Mensaje de Datos estén condicionados a la recepción del acuse de recibo, y

b) No se haya recibido el acuse de recibo en el plazo solicitado o acordado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio.

El Emisor podrá dar aviso al Destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo solicitado o acordado y fijar un nuevo plazo razonable para su recepción, contado a partir del momento de este aviso. Cuando el Emisor reciba acuse de recibo del Destinatario, se presumirá que éste ha recibido el Mensaje de Datos correspondiente;

IV. Cuando en el acuse de recibo se indique que el Mensaje de Datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en ley, se presumirá que ello es así.

- Asimismo, indica que cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de mensaje de datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

También se señala que cuando, adicionalmente, la ley exija la firma de las partes, para dar validez a un determinado documento, este requisito se tendrá por cumplido tratándose

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

de mensaje de datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

- Una situación novedosa, en esta ya novedosa reforma, se refiere a aquellos casos en los que la ley establece como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, y en este supuesto se prevé que las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.
- Otro aspecto que es abordado en la reforma en cuestión, se refiere a que en aquellos supuestos en los cuales la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un mensaje de datos, si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma, y que en el caso de que se tuviera que requerir la información, ésta pudiera ser presentada.

Se considerará que el contenido de un mensaje de datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación.

- Se establece que salvo pacto en contrario entre el emisor y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Esta sería la regla general; sin embargo, existen dos excepciones como las siguientes:
 - I. Si el Emisor 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, y
 - II. Si el Emisor o el Destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.
- También se contempla un principio basado en la buena fe de las partes, la cual siempre habrá de presumirse, y que en este caso consiste en que siempre que se entienda que el mensaje de datos proviene del emisor, o que el destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, dicho destinatario tendrá derecho a considerar que el mensaje de datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. Sin embargo, se aclara que 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 previamente acordado, que

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

la transmisión había dado lugar a un error en el mensaje de datos recibido, nótese entonces la buena fe que se presume.

- Otro aspecto importante en esta reforma, es que se establece el concepto de Firma Electrónica Avanzada o Fiable, la cual podrá ser considerada como tal si cumple con determinados requisitos mínimos que establece el propio Código de Comercio como son que:
 - I. Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, correspondan exclusivamente al firmante;
 - II. Los datos de creación de la firma estén, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
 - III. Sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de realizarla, y
 - IV. Sea posible detectar cualquier alteración hecha después del momento de la firma, con relación a la integridad del mensaje de datos.
- Esta reforma, involucra a unos entes ajenos a la elaboración de la firma electrónica llamados Prestadores de Servicios de Certificación, los cuales tendrán la labor de determinar y hacer del conocimiento de los usuarios si las firmas electrónicas avanzadas o fiables que se les están ofreciendo cumplen o no los requerimientos de seguridad dispuestos en la propia reforma que en este acto se analiza.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Interesante es que la determinación que estos Prestadores de Servicios de Certificación hagan, siempre deberá de ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos.

- Se establecen determinadas obligaciones que deberá de seguir toda aquella persona que pretenda crear una firma electrónica, las cuales son:

I. Cumplir las obligaciones de seguridad derivadas del uso de la firma electrónica, de las cuales ya hemos hablado;

II. Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los datos de creación de la firma;

III. Cuando se emplee un certificado en relación con una firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas.

IV. Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el destinatario conociere de la inseguridad de la firma electrónica.

- Dentro del contenido de la reforma se contempla el hecho de que no cualquier ente o persona puede ser sujeto de prestar servicios de certificación; en este sentido primero se

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

debe contar con la acreditación de la Secretaría de Economía, y la autorización se restringirá a:

I. Notarios públicos y corredores públicos;

II. Personas morales de carácter privado, y

III. Instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables y las regulen.

Cabe mencionar que la aprobación a que hice referencia por parte de la Secretaría de Economía está sujeta a que si la respuesta a la misma no se realiza dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud, ésta se tendrá y se entenderá por concedida, aplicando en este acto entonces la afirmativa ficta.

- La labor de los prestadores de servicios de certificación, es una tarea seria y que tiene como finalidad dar certeza y seguridad a las operaciones mercantiles que diariamente se celebran por medio de la Red; es por esto que ellos deben de cumplir con determinadas obligaciones, como las siguientes:

I. Comprobar la identidad de los solicitantes y cualesquiera circunstancias pertinentes para la emisión de los certificados, utilizando cualquiera de los medios admitidos en derecho, siempre y cuando sean previamente notificados al solicitante;

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

II. Poner a disposición del firmante los dispositivos de generación de los datos de creación y de verificación de la firma electrónica;

III. Informar, antes de la emisión de un certificado, a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del certificado, de sus limitaciones de uso y, en su caso, de la forma en que garantiza su posible responsabilidad;

IV. Mantener un registro de certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos.

V. Guardar confidencialidad respecto a la información que haya recibido para la prestación del servicio de certificación;

VI. En el caso de cesar en su actividad, deberán comunicarlo a la Secretaría de Economía, a fin de determinar el destino que se dará a sus registros y archivos;

VII. Asegurar las medidas para evitar la alteración de los certificados y mantener la confidencialidad de los datos en el proceso de creación de la firma electrónica;

VIII. Establecer declaraciones sobre sus normas y prácticas, las cuales harán del conocimiento del usuario y el destinatario, y

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

IX. Proporcionar medios de acceso que permitan a la parte que utilizará y confía en el certificado determinar, entre otras cosas:

- a) La identidad del prestador de servicios de certificación;
 - b) Que el firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control el dispositivo y los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado;
 - c) Que los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado;
 - d) El método utilizado para identificar al firmante.
- Se establece que deberá de ser la propia Secretaría de Economía la que coordine y actúe como autoridad certificadora y registradora, respecto de los prestadores de servicios de certificación, a los que he estado haciendo referencia.
 - Se establece una temporalidad a los certificados emitidos legalmente, la cual no podrá ser superior a dos años, contados a partir de la fecha en que se hubieren expedido. Sin embargo se prevé que antes de que concluya el periodo de vigencia del certificado podrá el firmante renovarlo ante el prestador de servicios de certificación;

Asimismo se pueden revocar por el prestador de servicios de certificación, a solicitud del firmante, o por la persona física o moral representada por éste o por un tercero autorizado;

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Como se trata finalmente de un documento electrónico, puede perder su vigencia también por pérdida o inutilización por daños del dispositivo en el que se contenga dicho certificado.

También por haberse comprobado que al momento de su expedición el certificado no cumplió con los requisitos establecidos en la ley, y finalmente por resolución judicial o de autoridad competente que lo ordene.

- Es importante mencionar que se ha dispuesto, con una visión globalizada, como debe ser en este tipo de temas, debido a que son el resultado de una integración mundial a ciertos sistemas de comunicación transaccional, que todo certificado expedido fuera de la República Mexicana deberá producir los mismos efectos jurídicos que un certificado expedido en la República Mexicana si éste presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados y regulados por nuestro Código de Comercio.

Toda Firma Electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente.

A efectos de determinar si un Certificado o una Firma Electrónica presentan un grado de fiabilidad equivalente, se tomarán en consideración las normas internacionales

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente.

Libro Quinto

Título Primero Capítulo XII

Reglas generales sobre la prueba

En cuanto a la admisibilidad y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, el Artículo 1205 del Código de Comercio da un total cumplimiento al Artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, que señala que en todo trámite legal no se deberá aplicar ningún tipo de regla interna de la legislación de cada país, y por tanto, deberá de ser excluida de dicha legislación, al homologarse a esta Ley Modelo toda aquella disposición que sea óbice para la admisión de un mensaje de datos como prueba en juicio, por:

- a) La sola razón de que se trate de un mensaje de datos;
- b) La 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.

Termina refrendando este artículo en su último párrafo, que toda información presentada en forma de mensaje de datos, gozará de la debida fuerza probatoria y que 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 que se haya

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y a cualquier otro factor pertinente.

Nuestro Código de Comercio señala al respecto que serán admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia, serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad, por lo que también se señala que si bien se reconoce como prueba a los mensajes de datos para valorar la fuerza probatoria de éstos, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que fue generado, archivado, comunicado o conservado (Artículo 1298-A del Código de Comercio).

Ley Federal de Protección al Consumidor

En las reformas alcanzadas para lograr una protección a los derechos de los consumidores, se anexó una fracción VIII del Artículo 1 que establece que se vigilará la efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

Se establece que se deberá promover en coordinación con la Secretaría de Economía y los proveedores, la formulación,

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

difusión y uso de códigos de ética, por parte de proveedores, que incorporen los principios previstos por la Ley Federal de Protección al Consumidor, respecto de las transacciones que celebren con consumidores a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

El Artículo 76 bis de la Ley en comento, señala las directrices que se deben acatar en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Estas directrices que deben seguir y cumplir proveedores y consumidores se refieren a la utilización de forma confidencial por parte del proveedor, de toda la información proporcionada por el consumidor sin que el proveedor pueda transmitirla a otros proveedores o terceros ajenos a la relación, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente.

El proveedor queda obligado a proporcionar al consumidor políticas de seguridad y confidencialidad a la información otorgada que va desde sus datos personales (nombre, domicilio, teléfono, dirección de e-mail, etc.) hasta datos de números de tarjetas de crédito y demás formas de pago.

El proveedor deberá proporcionar al consumidor, antes de celebrar la transacción, su domicilio físico, números telefónicos y demás medios a los que pueda acudir el propio consumidor para presentarle sus reclamaciones o solicitarle aclaraciones; de igual manera, el proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en la Ley que se comenta, y demás disposiciones que se deriven de ella.

El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor; también el proveedor respetará la decisión del consumidor en cuanto a la cantidad y calidad de los productos que desea recibir, así como la de no recibir avisos comerciales, y por último, el proveedor deberá abstenerse de utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

4.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El fenómeno del comercio electrónico, como vimos anteriormente no es nuevo, encontramos su principal manifestación en lo que pasó a ser hoy en día una de sus principales variantes, la Transferencia Electrónica de Datos conocida como EDI o Electronic Data Interchange, de la que ya he hecho algunos comentarios en su momento, y que es definida por el Artículo 2.2 de la recomendación *9418201CE* de la Comisión del 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos de intercambio electrónico de datos, en virtud de la cual se adopta el Modelo

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Europeo de Acuerdo EDI como *"la transferencia electrónica, de ordenador a ordenador, de datos comerciales o administrativos que estructuran un mensaje de EDI con arreglo a una norma acordada"*.

La Transferencia Electrónica de Datos se refiere a aquella transacción comercial de intercambio en forma automatizada y en un formato uniforme entre comunidades sectoriales, empresas, etc., mediante el uso de redes privadas, valiéndose del uso de computadoras interconectadas y de prestadores de servicios especializados en software empresarial. Para el manejo de este medio, se requiere que las empresas se tengan una mutua confianza y que a través de negociaciones previas establezcan los parámetros mediante los cuales dicho software les permitirá realizar transacciones en grandes volúmenes y con una gran rapidez.

Estas redes privadas se han denominado dentro del mundo corporativo empresarial y de los negocios como VAN o lo que es lo mismo Value Adel Networks. Es por tanto un medio distinto de lo que se conoce como Internet.

La diferencia entre las VAN y la Internet, radica principalmente en los costos; las redes privadas o VAN implican la adquisición de un software especialmente diseñado para las necesidades de las empresas con un servicio privado llamado "nodo empresarial", con amplias ventajas en cuanto a la conexión del servicio que en la mayor parte de las veces es de manera satelital.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Por otro lado, la Internet es un mercado abierto que permite a las empresas jóvenes o pequeñas con pocos índices de ventas y dirigidas a un público en general, realizar transacciones de productos o servicios de una manera mucho más económica frente a los altos costos que implican las VAN.

Es por esto que a la hora de hablar del comercio electrónico, encontramos la Internet como una de las principales salidas al hablar de negocios tanto de las grandes empresas como de las medianas y pequeñas, ya que esta "red de redes" es sin duda un mercado abierto, en el que a diferencia de las VAN, las partes no tienen necesidad de mantener relaciones más o menos estables, ni necesitan un acuerdo previo para ver la manera de cómo van a negociar; de igual manera se reducen costos al máximo y las empresas se pueden valer de la constitución de una página web que permita tener el acceso a las demás empresas proveedoras o del público en general y hacer la transacción mediante este medio o directamente mediante el uso del correo electrónico.

Lo cierto es que las posibilidades del comercio electrónico se amplían hoy en día con el uso de la Internet, y como resultado de esto, podemos hablar que el comercio electrónico tiene dos principales vertientes que responden a las distintas necesidades de las partes:

Primera: la contratación electrónica que hacen los grandes corporativos mediante el uso de las EDI y VAN para la negociación de diversos contratos de suministro, arrendamiento,

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

factoraje, etc., lo que se conoce como "*Business to Business*"(B2B).

Segunda: la contratación electrónica mediante el uso de la Internet obedece a las necesidades de tener un público cautivo de compradores en masa, gente común o consumidores comunes que mediante el acceso a una página web pueden comprar lo que necesitan, lo que se conoce como "*Business to Consumers*" (B2C).

Este último matiz implica la problemática en cuanto a la aplicación de la normativa existente sobre la regulación jurídica y la protección de consumidores y usuarios, existiendo una diversidad de parámetros.

Como he mencionado, el comercio electrónico comenzó mediante el uso de la EDI en los años ochenta y con las particularidades a las que ya me he referido; posteriormente, con la privatización de la "red de redes" se creó el comercio electrónico en línea de segunda y tercera generación mediante el uso de las páginas Web que las empresas de productos y servicios constituían para atraer más mercado.

Para los años de 1996 a 2000 existió un gran crecimiento en la escala de ventas a través de este medio, pero para principios de 2001, ocurrió lo que se conoce dentro del mercado bursátil como "mercado tecnológico", en el cual las acciones de todas aquellas empresas que hacen del "*Business to Consumers*" su principal actividad, se fueron a pique debido a una caída en la bolsa

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

americana de valores hasta del 4% en los meses de abril y mayo de ese año, motivada por la aplicación de la desaceleración de la economía norteamericana, pero en gran medida, según los expertos en macroeconomía y fenómenos sociales, por una inesperada falta de actividad comercial en el "*Business to consumers*".¹³

Quizá ni los mismos expertos tengan a ciencia cierta la causa de la caída de este mercado; se especula y tal vez sea así, que existió en tan sólo a cinco años del inicio del comercio electrónico una apatía de los consumidores por este medio, aunado a la falta de confianza de comprar en línea.

Los grandes sueños que envolvían a los empresarios de tener un crecimiento de sus negocios a través del comercio electrónico hoy en día han bajado mucho en sus expectativas. Los empresarios empezaron a actuar con pánico, inyectaron recursos destinados a publicidad que en un global de las principales empresas del *business to consumers* ascendió para los meses de marzo a mayo de 2001 a la cantidad de 118 mil millones de dólares.¹⁴

Como contra partida a la caída de los negocios tecnológicos, los empresarios que realizan sus actividades en la Internet han encontrado una salida a sus problemas por el momento en el mercado de América Latina; se dice que hoy en día existen 80 millones de usuarios en esta región. Este gran auge dentro del

¹³ JALIFE, Mauricio, Reporte a INFOSEL del 25 de junio de 2001.

¹⁴ Idem.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

territorio latinoamericano se debe en gran medida a la poderosa alianza de Microsoft –Telmex, con la que se crea uno de los portales más populares dentro de América Latina, el sitio *T1 MSN*, que permite el desarrollo de nuevas expectativas dentro del e-commerce.¹⁵

Se cree que el motivo principal de la caída de esta forma de hacer negocios se ha debido primordialmente a que el grueso de los usuarios de Internet son personas jóvenes, de edades que van de los 18 a los 30 años de edad, sujetos cuyo poder adquisitivo no es muy alto, por tanto, sólo realizan compras mínimas y a bajos costos.¹⁶

La solución a esto quizá se encuentre a largo plazo, debido a que se trata de un problema generacional, que en el momento en el que esa joven población mundial crezca en lo económico, tendrá los conocimientos, la cultura y las ideas para afrontar las investidas de esta nueva forma de vender y comprar.

Lo cierto es que la tendencia actual en cuanto al crecimiento de los negocios electrónicos se da a través del *"Business to Business"*.

Es muy importante tener una idea clara de lo anterior, ya que las relaciones jurídicas entre los empresarios y de éstos con sus consumidores son diametralmente diferentes; las últimas son mucho más complejas.

¹⁵ JALIFE, Mauricio, Reporte a INFOSEL del 25 de junio de 2001.

¹⁶ Idem.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Por otro lado, entendiendo como comercio electrónico las transacciones comerciales electrónicas, así como las actividades y negociaciones previas y ulteriores a las mismas, es preciso distinguir dos tipos de comercio electrónico: el *comercio electrónico directo* y el *comercio electrónico indirecto*.

Esta diferencia obedece a la presencia del medio electrónico en toda la transacción, y que si bien es meramente doctrinal, sirve de mucho a la hora de hacer diferencias entre los elementos del consentimiento y las obligaciones de las partes.

Por su parte el comercio electrónico indirecto se refiere a aquél en el que solamente la oferta y la aceptación se producen de manera electrónica, mientras que los bienes o servicios se entregan por medios ordinarios. Esta manera de compra venta en línea es quizá la que menos problemas acarrea, ya que los pagos se pueden realizar contra reembolso, aunque para algunos tratadistas, como el Mtro. Efrén Santos Pascual,¹⁷ esta manera de pago desmerita según ellos, la naturaleza del comercio en línea en virtud de ser este medio netamente electrónico en su totalidad y por tanto ya no se podría hablar de un contrato de compraventa electrónico perfecto, sino más bien estaríamos hablando de un simple medio para fijar el acuerdo de voluntades, condicionando su existencia jurídica a posteriores actos que ya no se hacen por este medio.

¹⁷ “Diversidad legislativa en el comercio electrónico”, 27-05-2004, <http://www.jnjef.com>.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

En cuanto al comercio electrónico directo se refiere, éste se produce en línea tanto la oferta como la aceptación, con la entrega de bienes o servicios que son intangibles e inclusive hasta el pago de los mismos.¹⁸ En este tipo de comercio electrónico, el cliente obtiene una licencia de uso temporal, que tras efectuar el pago va a ser plenamente operativa. A su vez desde la perspectiva de la recepción del bien o del servicio, existen dos modalidades que si bien obedecen a situaciones técnicas, es interesante ver cómo operan las obligaciones y derechos de las partes. La primera de ellas radica en que el contratante puede hacer directamente la descarga del bien o del servicio (lo que se conoce como *Download of plug in*), o que el proveedor se lo remita directamente por vía electrónica (a través de e-mail). La ventaja de este sistema radica en la seguridad y confianza que proporciona, especialmente entre personas desconocidas y geográficamente distantes.

Como ya había sido señalado, esta diferencia no obedece a cuestiones meramente académicas sino todo lo contrario. Por ejemplo y haciendo uso de la casuística, en la cuestión de los servicios ya prestados a través del comercio electrónico directo, a diferencia de productos adquiridos en el comercio electrónico indirecto, los primeros difícilmente podrán ser restituidos en el caso de solicitarlo así el proveedor en caso de desistimiento.

¹⁸ “Diversidad legislativa en el comercio electrónico”, 27-05-2004, <http://www.jnjef.com>.

4.4.1 LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Si el consentimiento contractual se forma mediante el concurso entre dos declaraciones de voluntad "oferta y aceptación", resulta evidente que estas declaraciones tienen que coincidir en un determinado momento para que se pueda decir que el contrato es existente.

En este sentido los contratos de formación instantánea no plantean problemas, pero sí aquellos de *formación sucesiva* que tienen que ir pasando diversas etapas para alcanzar su perfeccionamiento, como ocurre en la mayor parte de los contratos electrónicos y aun más tratándose de aquellos que se realizan por medio de Internet.

En este caso, la regla que debería aplicar es la de la contratación entre ausentes, cuya única razón para tener esta calidad obedece al hecho de que no existe una intermediación en el intercambio de declaraciones y no como se puede pensar en un momento dado, que tal calidad se refiera a la distancia geográfica que separa a los contratantes. Se ha dicho que la distinción entre los contratos de formación instantánea y los de formación sucesiva no se debe basar en la existencia o no de un intervalo de las declaraciones de voluntad, sino en el intervalo que puede existir entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por parte del oferente.

Para este caso, el Artículo 1803 del Código Civil Federal, señala que el consentimiento será expreso cuando el acuerdo de

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

voluntad manifestado por las partes se lleve a cabo a través de medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, y el artículo 1805 del mismo ordenamiento, equipara el acuerdo de voluntad hecho por las partes a través de medios electrónicos con la contratación hecha entre presentes, así como con el consentimiento expreso.

En razón de esto, y de la idea que se tiene sobre la inmediatez de los sistemas informáticos en cuanto a la transmisión de las declaraciones de voluntad, las reformas al Código Civil a las que nos hemos estado refiriendo defienden la postura de que la contratación por medios electrónicos se entenderá como una contratación entre presentes; lo anterior me parece de cierta manera infundado.

Es una realidad que tanto la oferta como la aceptación van a llegar casi de inmediato al tiempo en que se hubiesen generado, tomando en cuenta siempre la velocidad de los ordenadores. Esta situación sólo operaría en el caso del *Business to Business*, en donde la computadora, tanto del oferente como del aceptante estén conectadas de manera continua entre sí, o bien, para el caso del *Business to consumers*, cuando exista una conexión permanente al proveedor de Internet, de manera que los mensajes que se envíen por medios electrónicos se descarguen inmediatamente a la computadora o bien, que la contratación se realice de manera directa a través de una página Web, aunque en este último caso en especial y de alguna manera todos a los que nos hemos estado refiriendo, tal inmediatez en la contratación a través de medios electrónicos no existe siempre,

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

ya que existe el concepto de lo que se ha llamado "tiempo virtual" que no es nada más que el tiempo que necesita un servidor de conexión a Internet para realizar los protocolos de autenticación de señales de los mensajes y que es muy distinto y variante al concepto de tiempo real.

Por otro lado, si la conexión con la que cuentan las partes es a través del acceso por línea telefónica convencional, la saturación dentro de la "red de redes" y el servidor, no permite que exista una continuidad debida. De esta manera y como ejemplo, puede ser que yo sea el oferente y mi propuesta de compraventa se la mande a un destinatario que se encuentra debidamente conectado a su servidor de Internet y por tanto se encuentre en línea, éste la reciba y de inmediato transmita su aceptación o rechazo, pero por alguna cuestión técnica el sistema se satura, o se "cae" (término más usado en estas cuestiones), que es muy común, yo no me estaré enterando de la respuesta (o lo que el propio Código de Comercio maneja como "acuse de recibo") sino hasta tiempo después si es que se restablece el servicio o en el peor de los casos, hasta el día en que revise mi correo.

Por tanto, el momento de la perfección de un contrato electrónico es una de las cuestiones más debatidas, generando una gran inseguridad por parte del consumidor, ya que se puede dudar si es el momento del envío de la aceptación o el de la recepción de la misma cuando se entendería por perfeccionado el contrato.

Tampoco ha quedado muy claro lo que significa la acción de "*hacer clic*" en el ícono de "aceptar" que puede tener una

acepción diferente para cada país. Por ejemplo, en la Unión Europea una de las partes dentro de una contratación electrónica y de acuerdo a su legislación regional, puede considerar que el contrato ya se ha celebrado, y la otra parte puede entender que aún no ha sido vinculada por dicho contrato.

En ningún caso puede admitirse la aceptación de que se dan tiempos distintos para el perfeccionamiento del contrato según sea para el proponente y para el aceptante. Así pues, se plantean los problemas típicos de la contratación entre ausentes.

El Maestro Ramón Sánchez Medal en su libro,¹⁹ maniesta que existen varias teorías acerca del acuerdo de voluntades entre ausentes, las cuales se plantean a continuación:

4.4.1.1 TEORÍA DE LA DECLARACIÓN

También llamada Teoría de la Emisión. Es aquélla por virtud de la cual, el contrato se perfecciona desde que el destinatario de la oferta emite su declaración de voluntad aceptando, aunque el oferente aún no esté enterado de la respuesta.

4.4.1.2 TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN

Ésta opera cuando el destinatario de la oferta contesta al oferente y de alguna forma expide la respuesta.

¹⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa. México, p. 29

4.4.1.3 TEORÍA DE LA RECEPCIÓN

Toma en consideración el momento en el que el oferente recibe de manera razonable (en su domicilio por ejemplo) la respuesta del aceptante.

4.4.1.4 TEORÍA DE LA INFORMACIÓN

O también conocida como Teoría de la Cognición. Esta teoría sitúa el momento de la perfección del contrato en el momento en el que el oferente conoce la declaración del aceptante, sin importar dónde la reciba.

4.4.2 LA CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES

El legislador ha optado por establecer la Teoría de la Recepción en cuanto a la contratación entre ausentes según la calificación civil o mercantil del contrato.

Nuestro Código Civil al tratar la compraventa entre ausentes, establece la teoría de la recepción en su Artículo 1807 al señalar que: "El contrato se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes".

De igual manera, el Código de Comercio acepta dicha teoría en su Artículo 80 al señalar que los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Por otra parte, en el momento en que recibe la información el destinatario de la oferta, opera una dualidad en cuanto a las teorías de la contratación entre ausentes; así pues podemos decir que si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción (por ejemplo la bandeja de entrada del sistema de recepción de correos electrónicos de su IPS), ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema la información; por tanto opera la Teoría de la Recepción, o de enviarse a un sistema del destinatario que no sea el designado o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario obtenga dicha información del mensaje de datos; por tanto operará la Teoría de la Información (Artículo 91 del Código de Comercio).

La Teoría de la Recepción es de manera general la teoría que opera en México para todos los tipos de contratos electrónicos y en sí para la contratación entre ausentes, por lo que en el caso de los contratos electrónicos a través de sistemas EDI, tanto la legislación civil como mercantil mexicana no representan mayor problemática, ya que según lo establecido por el artículo 33 del Modelo Europeo del Acuerdo EDI, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, se establece de igual manera a la Teoría de la Recepción para este tipo de contratos electrónicos, al señalar que "los contratos celebrados por esta vía se consideran celebrados en el lugar y momento en que el mensaje EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente".

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Queda por plantear la cuestión de lo que el Código de Comercio establece como "acuse de recibo" del comunicado que hace el destinatario al oferente acerca de la propuesta, en el que da a conocer su aceptación o rechazo de la oferta.

- Acuse de recibo:
Este acuse de recibo o como la doctrina española lo conoce "contra recibo", se menciona en nuestra legislación mercantil en el Artículo 92 del Código de Comercio pero sin establecer ningún análisis contextual.

Podríamos entender que por acuse de recibo, dentro de la contratación a través de medios electrónicos, se deberá entender a aquella comunicación que hace el destinatario de un mensaje de datos al emisor del mismo, con relación al mensaje enviado.

En nuestra legislación, no se estipula que esta comunicación o acuse de recibo se tenga que hacer por la misma vía, esto es, que el destinatario se valga del mismo medio electrónico que dio origen al primer comunicado. En tal supuesto, el destinatario podrá hacer uso de cualquier otro medio como el teléfono, telégrafo, fax, etc., para emitir el acuse de recibo comunicando la aceptación o el rechazo de la oferta; aunque esto de alguna manera desvirtuaría la naturaleza misma y la formalidad de la contratación electrónica, cuyas etapas deberán realizarse en todo momento a través del mismo medio que les dio origen.

Una vez dicho de qué se trata del acuse de recibo, sobre tal concepto descansa de nueva cuenta la teoría de la recepción; el

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Artículo 92 del Código de referencia le da un trato relacionado con la emisión de la oferta al señalar que: "Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el emisor, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado, cuando se haya recibido el acuse respectivo".

Lo anterior, puede considerarse un poco problemático cuando se trate de comercio electrónico directo, en el que el pedido, el pago y la entrega se hacen en línea y al mismo tiempo, por lo que en estos casos es posible considerar que la aceptación puede consistir en la misma realización del pago en línea y el acuse de recibo será la notificación que haga el certificador de pagos bancarios al prestador del servicio contratado de que se ha realizado el pago debidamente.

Por lo que se refiere a algún plazo para mandar el acuse de recibo, el Código de Comercio no establece tal supuesto por lo que deberemos de sujetarnos a la reglas generales para la emisión de la aceptación en los contratos celebrados a través de medios electrónicos, que señala el Artículo 80 de este precepto legal, estableciendo que los contratos que se celebren por medios electrónicos, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Tal supuesto genera incertidumbre al aceptante, ya que no se señala en el artículo en comento, en qué momento se puede considerar por no realizado el contrato, o hasta qué momento se

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

puede dar el supuesto de que se ha producido un problema o error en la transmisión del acuse de recibo.

- Lugar de celebración del contrato

En cuanto al lugar de celebración del contrato electrónico nuestro Código de Comercio es claro al establecer que salvo pacto en contrario, el mensaje se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido (y por tanto el lugar donde se perfecciona el contrato) en el lugar donde el destinatario tenga el suyo, según lo establece el Artículo 94 del Código de Comercio.

Ahora bien, surge una interrogante: si la contratación es de índole internacional, ¿qué legislación será la aplicable? Para contestar esta pregunta es preciso señalar que tanto la reforma al Código de Comercio, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, establecen lo mismo a este respecto; en tal razón la legislación aplicable para la interpretación del contrato con motivo del lugar de su celebración, será la del domicilio del destinatario que es el comprador en el caso de una compraventa electrónica, por lo que se cumpliría con lo establecido por el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980, aplicable a los jueces de Estado miembros de la Unión Europea (UE) para determinar la ley material aplicable a los contratos internacionales.

Para el caso de los contratos internacionales celebrados por consumidores (mediante cualquier medio), el Artículo 5 del Convenio referido establece con carácter principal que el contrato

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

estará sometido a la ley elegida por las partes, siempre que esa elección no vulnere las disposiciones imperativas del Estado de la residencia habitual del consumidor, por lo que a falta de este acuerdo, los contratos de compraventa internacional estarán sometidos a la ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, teniendo en cuenta el carácter universal del Convenio de Roma que establece en su Artículo 2 que será aplicable la ley del consumidor aunque dicha ley se trate de un país no miembro.

En este sentido, se aporta el siguiente ejemplo: en una transacción de compraventa electrónica en donde el consumidor sea mexicano y el oferente vendedor sea francés y no se haya acordado la legislación aplicable, la legislación que regirá el acto, atendiendo a lo establecido por el Convenio de Roma, será la ley mexicana, por lo que esta protección la podrá tener solamente aquel consumidor pasivo que compra dentro del mercado doméstico europeo y que pudo ser captado de manera quizá "accidental" por medio de un mensaje de correo electrónico.

Un consumidor activo que valiéndose de un buscador europeo accede a páginas de venta en línea o directamente accede a una página web europea que promociona servicios y realiza una compraventa, no podrá esperar a que lo proteja la ley de su país si es que no se pactó de esta manera, por lo que se deberá atender a lo establecido por los artículos 3 y 4 del referido Convenio, que establecen que para el caso de que el comprador pertenezca a un país no miembro, la ley aplicable será la del país del vendedor o del suministrador.

4.5 CONTRATO DE COMPRAVENTA ELECTRÓNICA

En cuanto a la forma de los contratos de compraventa por medios electrónicos, ya me he referido a ellos anteriormente. Recapitulando, tenemos que podemos llevar la compraventa electrónica por Internet de dos maneras, a través del comercio electrónico EDI y del comercio electrónico web. A esta clasificación obedece el hecho de la diversidad en las maneras de establecer los formatos de los contratos de compraventa. No es lo mismo un formato de compraventa que se hace mediante el sistema corporativo EDI (el recurso que usan las empresas para abastecerse de productos entre ellas) y por otro lado, la compraventa directa en línea que hacen algunas empresas en donde el destinatario es el público en general que navega en la Internet.

En cuanto a la forma de los contratos de compraventa electrónica mediante el sistema EDI, éste puede ser tan versátil y de alguna manera confiable, debido a que se permite inclusive establecer el mismo formato de un contrato de compraventa tradicional como si fuera por escrito, o en su caso, con el formato o los formatos con los que cuentan los proveedores de servicios de desarrollo productivo y apoyo en las áreas de la nueva tecnología, con las mismas cláusulas que conformarían el cuerpo legal de un contrato celebrado de acuerdo a las necesidades de las partes y que como la legislación actualmente lo permite, se cuenta con una total fuerza probatoria de este instrumento electrónico. De igual manera sucede con aquellos acuerdos de voluntades que

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

se llevan a cabo a través del servicio de correo electrónico, en donde se exteriorizan los acuerdos de voluntades.

En ambos casos considero que, el recurso de Internet, es nada más el uso de uno de los muchos medios técnicos de comunicación, que permiten a las partes manifestar su acuerdo de voluntades, quizá nada más cumpliendo con ciertos requisitos para que exista una verdadera fuerza legal en el instrumento. En tal supuesto, estos contratos electrónicos se podrían equiparar a sus predecesores, los contratos celebrados por teléfono y los contratos celebrados a través del télex o fax, que son de alguna manera contratos electrónicos debido al medio en el que fueron consignados, con la salvedad de que en los contratos electrónicos que se celebran valiéndose del uso de la Internet, la contratación es ante todo una contratación entre ausentes.

Por otro lado, en lo que respecta a la contratación electrónica que se hace en línea o lo que se conoce como el "*Business to Consumers*"; aquella que realiza un consumidor común dentro de una página web de alguna empresa, es en la que principalmente se podría tener ciertos problemas desde el tipo psicológico, social, económico, cultural y principalmente legal.

4.5.1 Etapas para La Celebración del Contrato de Compraventa Electrónica

En este sentido, procederé a realizar el estudio de lo que podríamos considerar como el estándar de las etapas consecutivas que se necesitan cumplir para poder llevar a cabo una compraventa en línea, que más que ser un formato

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

propiamente, se convierte en un accesorio de la compraventa, y que en todo momento se considera como un contrato de adhesión.

Gran parte del comercio electrónico (y principalmente el que se genera a través de la compraventa en línea), tiene lugar mediante condiciones generales o de adhesión de la contratación, de modo que el proveedor impone al consumidor total o parcialmente un contenido contractual redactado previamente.

En todo caso, lo que se puede considerar como el contrato de compraventa electrónica, serían las llamadas "**Condiciones Generales**", que son las cláusulas propiamente dichas del contrato de compraventa electrónica y que se anexan al acuerdo de manifestación de voluntades.

Por desgracia, en nuestra legislación mercantil y de protección de los derechos del consumidor, así como sus correspondientes reformas, en ningún momento se toca el punto de las condiciones generales en los contratos de compraventa electrónica, que son de vital importancia.

Pero, ¿qué son esas Condiciones Generales?, éstas son las normas, directrices, reglas, parámetros, lineamientos, cláusulas, etc., que deben seguir las partes dentro de una contratación electrónica y principalmente se trata de las condiciones de la contratación que establece la empresa en cuanto a los derechos y obligaciones del comprador.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

La notificación que se hace al comprador de estas "Condiciones Generales" de contratación se da de manera anterior a la celebración del contrato (esto es antes de realizado el pago), a través de la misma página web en donde se está cumplimentando cada una de las etapas de la contratación electrónica y que por lo regular se anuncia como aviso legal y de igual forma, se da de nueva cuenta una vez que fue hecho el pago y por tanto, la correspondiente celebración del contrato.

Indudablemente se trata de una contratación muy especial, ya que el refrendo de la contratación que hace alguna de las partes (en este caso el vendedor), es muy particular y característico de la contratación a distancia o de aquélla que se refiere a la contratación entre personas ausentes, porque ¿de qué sirve este refrendo de las cláusulas del contrato cuando se trata de la contratación entre presentes?

Ahora bien, el hecho de que el vendedor debe proporcionar al comprador las condiciones generales de la compraventa, no significa que dicha entrega deba interpretarse en el sentido material de la entrega de algún documento, restando tal situación a la compraventa en línea y en sí de todo el comercio electrónico de su característica principal, "la virtualidad". Esta entrega a la que está obligado el vendedor (y por un uso y práctica comercial nada más), será de igual manera a través de un enlace electrónico o por medio de un archivo adjunto del correo electrónico en donde se ratifique la conclusión de la compraventa.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Por otro lado, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que incorpora la Directiva 93/13/CEE (de la entonces Comunidad Económica Europea), del Consejo de 5 de abril de 1993, en su Artículo 5.1 dispone que: "las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes, debiendo el contrato hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, sin que se pueda entender que ha habido aceptación de la incorporación cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no se le haya facilitado un ejemplar de las mismas".

En las reformas del 29 de mayo de 2000 a nuestra legislación común, mercantil y de la defensa de los derechos a los consumidores, no se incluyó la posibilidad del desistimiento para las partes del contrato de compraventa a través de medios electrónicos, cosa que por demás resulta ser verdaderamente importante. En tal orden procederé a realizar algunos razonamientos de las diversas situaciones por las que se puede generar el desistimiento principalmente por parte del consumidor.

En este orden de ideas, ni nuestro Código de Comercio, ni la Ley Federal de Protección al Consumidor, establecen un plazo para que opere el desistimiento por parte del consumidor. El Artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista española que regula algunos aspectos del comercio electrónico, establece que el comprador puede desistirse libremente del contrato dentro del

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto, sin que se imponga ningún tipo de penalidad, siempre y cuando el comprador satisfaga los gastos por la devolución.

En cuanto al momento del pago, la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su Artículo 76 Fracción V, señala que el consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, en su caso, formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.

Por lo que se refiere a las formas de pago en la contratación electrónica en línea, existen tres maneras de realizarla:

- ❖ Tarjeta de Crédito
- ❖ Depósito Bancario
- ❖ Pago Contra Entrega

La manera tradicional de realizar el pago es mediante el uso de la tarjeta de crédito. Nuestra legislación hace muy pocas referencias al respecto, por lo que entendemos que en este supuesto nos sujetamos a la regla general que establece el Código de Comercio en su artículo 78 que a la letra dice: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga, en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Por su parte, la legislación española que regula el tema referente al pago, resulta ser altamente protectora del consumidor, ya que en el Artículo 432 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista prohíbe como regla general el pago anticipado en cualquier tipo de contratación.

Considero que esta medida de alguna manera obstaculiza la forma de pago mediante el uso de tarjeta de crédito y la forma de pago mediante el depósito bancario, permitiendo únicamente el pago contra entrega del objeto. Si bien es cierto que el pago anticipado puede ser de alguna manera una dificultad para el comprador a la hora de intentar recuperar el monto pagado en el caso de que adolezca algún incumplimiento en la entrega del objeto, también es cierto que el pago anticipado de alguna manera supone al proveedor la seriedad de la contratación. Por tanto, en la problemática que surge con motivo del pago en la contratación electrónica, ésta se reduce a aquel principio sacramental al cual me he venido refiriendo a lo largo de todo el desarrollo de este trabajo, y que es la confianza que debe haber entre los comerciantes contratantes.

Es indiscutible la practicidad que supone el empleo de la tarjeta de crédito como medio para realizar los pagos en las contrataciones en línea; pero por desgracia, este recurso no resulta ser el más seguro en muchos de los casos, y aún más, cuando existen raquílicas esferas legales protectoras al respecto, como las de nuestro país. Así pues, a lo que más llegamos en cuanto a la protección en general de la identidad de los consumidores en páginas web, son los "parámetros y políticas de

seguridad" que los mismos proveedores tienen en sus páginas y que de alguna manera el gobierno les exige en el momento de que deben cumplimentar con su registro ante las autoridades competentes.

4.5.2 Clasificación del Contrato de Compraventa Electrónica

El contrato de compraventa se clasifica de diversas maneras, atendiendo a sus características principales. Esta clasificación obedece más que otra cosa, al único fin de tratar de dar una explicación doctrinal; en tal sentido, el contrato de compraventa electrónica se clasifica de la siguiente manera:

a) Como un contrato bilateral:

Es bilateral, desde el punto de vista de que genera obligaciones y derechos para ambas partes, ya que intervienen ambas facultades.

b) Como un contrato oneroso:

Es indudable que el contrato de compraventa electrónica se trata de un contrato oneroso, ya que se generan provechos y gravámenes recíprocos para ambas partes. Para el vendedor en este caso, el provecho consiste en recibir el precio del objeto o del servicio y el gravamen consiste en que se deberá desprender de la propiedad del objeto o prestar directamente el servicio y por otro lado, para el comprador el provecho será recibir el objeto o la prestación del servicio y el gravamen pagar el precio.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

c) Como un contrato conmutativo:

Ya que los provechos y los gravámenes que se generan para las partes se conocen desde la celebración misma del contrato, es decir, cuál será el provecho y el gravamen de cada quien.

d) Como un contrato solemne y formal :

El contrato de compraventa electrónica o comercio electrónico, es solemne y en algunos casos es formal. Es solemne debido a que la ley propiamente establece que la forma de este contrato deberá de manifestarse "dentro de un mensaje de datos en general" (Artículo 89 del Código de Comercio que establece: "En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le *denominará mensaje de datos*"), para poder considerar que el acto que se regula pertenece a la compraventa electrónica, por lo que la falta de forma en este aspecto no originará la inexistencia del contrato, sino que simplemente se entenderá que el contrato será simplemente de compraventa sin las características de haberse realizado a través de medios electrónicos.

Ahora bien, el contrato de compraventa electrónica será formal, cuando verse sobre transacciones que por su propia naturaleza y por requisito legal requieran cumplir con ciertos requisitos. El ejemplo de un contrato de compraventa formal mediante medios electrónicos sería "la compraventa de bienes inmuebles", que propiamente el Código de Comercio establece como requisito y posibilidad de llevar este tipo de transacciones mediante medios

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

electrónicos en el párrafo segundo del Artículo 93 que señala que: "En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige."

e) Como un contrato consensual:

Se puede entender que el contrato de compraventa electrónica es un contrato consensual en oposición a real, cuando hablamos del momento y la manera en la que se hará la entrega del objeto. Así pues, podemos decir que el contrato será consensual, cuando la entrega del objeto no es indispensable para que se tenga por perfeccionado el contrato, ya que el perfeccionamiento de éste se da a través del simple acuerdo de voluntades y no se da mediante la entrega del objeto del contrato.

f) Como un contrato de tracto sucesivo:

Si bien el contrato de compraventa en general es un contrato de tipo instantáneo, sin lugar a dudas el contrato de compraventa celebrado a través de medios electrónicos genera obligaciones que pueden cumplirse en un solo acto, pero que necesariamente debe de transcurrir cierto tiempo entre la fecha de su celebración y la del cumplimiento de algunas obligaciones, por lo que el

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

contrato de compraventa electrónica es en su mayoría de las veces un contrato de tracto sucesivo, ya que por la misma naturaleza del medio a través del cual se lleva a cabo, éste se da por etapas, por lo que solamente podríamos hablar de un contrato de compraventa celebrado a través de medios electrónicos instantáneos, cuando éste se celebra mediante el uso del fax modem o a través de la Transmisión Electrónica de Datos EDI, ya que la continuidad en las etapas del contrato es casi inmediata.

g) Como un contrato nominado:

Por encontrarse regulado tanto en el Código Civil Federal, como en el Código de Comercio.

4.6 REGULACIÓN ADMINISTRATIVA DE REGISTRO

Debemos entender que la cuestión de registro dentro del comercio electrónico es muy amplia y compleja a primera luz del derecho corporativo y empresarial como uno de los elementos corpóreos de la empresa para allegarse de más clientela.

Hoy en día la empresa de inicio de milenio necesita primeramente, de un software que le permita tener todos los recursos suficientes para afrontar las embestidas de un comercio global, que día a día va creciendo con nuevas expectativas abocadas a la captura de sus consumidores cautivos a través del marketing combinado con nuevas tecnologías.

Son grandes y costosos los contratos corporativos que una empresa con cierto peso en las actividades comerciales celebra.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Existen muchos parámetros que deben de ser protegidos y de los cuales al mismo tiempo se deben cumplimentar ciertos requisitos administrativos y de tipo legal para poder obtener un buen funcionamiento y aprovechamiento de todos los recursos disponibles. El comerciante que decide aventurarse dentro del e-commerce²⁰ lo primero que tiene que hacer es allegarse de un tercero, cuyo negocio es el apoyo corporativo mediante el empleo de estas tecnologías.

Ahora bien, el comerciante de propio derecho o en el caso de que se haya auxiliado por un tercero, el primer paso que tiene que dar para poder iniciar sus actividades comerciales dentro de la red de redes es la de obtener el "Registro de Dominio" de la Página Web ante NIC México.

Primeramente debemos entender el concepto de "Registro de Dominio".

El Registro de Domino representa un identificador común a un grupo de computadoras o equipos conectados a la red. Son los identificadores que NIC México registra de aquellos solicitantes que cumplan con las políticas establecidas.

En pocas palabras, el Registro de Dominio es el suplemento de la dirección de un web site dentro de la red de redes y el cual debe de ser único. Esta dirección funciona con un registro del dominio el cual se crea de acuerdo con el país, región, actividad, sector, niveles generales de información, etc., que cada página

²⁰ Comercio electrónico

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

web tiene. El Registro de Dominio es como el número de teléfono de una compañía, o su tarjeta de presentación.

Antes de teclear un Nombre de Dominio se establece un prefijo, es decir, se anteponen algunas letras. Por ejemplo: “http://www”, http, indica el protocolo o software que es usado y “www”, indica el programa de Internet, en este caso, la *World Wide Web*.

Un Nombre de Dominio tiene al menos dos partes: *Nombre de Dominio de Nivel Superior (TLD)*²¹ y *Nombre de Dominio de Segundo Nivel (SLD)*²² pero existe la posibilidad de que exista un *Nombre de Dominio de Tercer Nivel*.

Existen cuatro categorías de *Nombres de Dominio de Nivel Superior (TLD)*, a saber:

1. Los dominios básicos de Internet son los *dominios genéricos*, también son llamados dominios internacionales o de organización y se componen por tres letras:

“.com.” para entidades comerciales.

“.org.” para organizaciones altruistas

“.int.” para organizaciones internacionales

“.net.” para redes o sistemas

2. Los *dominios de países*, o geográficos, son los establecidos por cualquier país o territorio en el mundo y se organizan por localidad. Existen alrededor de 180 dominios geográficos de países que se constituyen de dos letras por ejemplo:

²¹ *Top Level Domain*

²² *Sub Level Domain*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

- .fr (Francia)
- .ca (Canadá)
- .ch (Suiza)
- .mx (México)

3. Existen otros TLD, que se reservan a:

- .mil (instituciones militares)
- .gov (agencias gubernamentales)
- .edu (instituciones de educación)

Sólo para tener una idea, actualmente existen mas de 30 millones de dominios registrados, de los cuales poco más de 24 millones, son dominios .com.

Debido a la saturación del “.com”, la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), entidad encargada de coordinar la administración del sistema global de nombres de dominio, aprobó la creación de 7 nuevas categorías. Las extensiones aprobadas son:

- .biz (para negocios)
- .Info (para servicios noticiosos)
- .name (para sitios de personas)
- .pro (para profesionistas)
- .aero (para compañías relacionadas con la aviación)
- .coop (para cooperativas)
- .museum (para museos y exhibiciones)

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

Ahora bien, en los Registros de Dominio que se pretendan registrar en nuestro país todo el procedimiento deberá ser ante NIC México.

NIC México es un Organismo de iniciativa privada, administrado por el Instituto Tecnológico de Monterrey, cuyo fin principal es considerarse como el administrador principal de Internet en México. Sus funciones entre otras son las de constituirse como un organismo registrador para todo el territorio nacional de los dominios de web site. NIC significa Centro de Información de la Red o en sus siglas en inglés Network Information Center .

Este centro funciona con base en las siguientes reglas y procedimientos, entre otros:

a) Reglas

1. El solicitante deberá proporcionar la dirección de IP²³ del servicio de DN²⁴ para el nombre de dominio solicitado.
2. A esta dirección de IP deberá regresar una respuesta afirmativa a las consultas sobre el nombre de dominio en cuestión.
3. Es requisito indispensable proporcionar los datos que NIC-México solicite de los tres contactos (administrativo, técnico y de pago) al solicitar un dominio.

²³ *Internet Protocol. Nomenclatura utilizada para asignar a los equipos de cómputo una dirección numérica.*

²⁴ *Siglas utilizadas para referirse al Domain Name System (Sistema de Nombres de Dominio) y/o al Domain Name Server (Servidor de Nombres de Dominio) de manera indistinta. El primero es el sistema de cómputo utilizado para traducir nombres de dominio en direcciones de IP y viceversa, y el segundo corresponde a los equipos de cómputo utilizados para desempeñar la función de resolución y traducción de nombres de dominio.*

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

4. Deberá proporcionar los datos de la organización que utiliza el nombre del dominio.

Procedimientos

1. No se admiten a tramitación solicitudes para nombres de dominios que ya se encuentren previamente inscritos en el Registro de Nombres de Dominio.mx.

3. Para cada solicitud de registro recibida, NIC-México envía de vuelta por correo electrónico un comprobante de recepción de la solicitud, lo cual no indica que ésta será aceptada.

Dentro de las 24 horas hábiles siguientes a la solicitud del dominio, NIC-México notifica por correo electrónico, al contacto administrativo y/o solicitante sobre el registro del dominio.

Por otra parte, se establecen una serie de parámetros tendientes a regular la solución de las disputas por Nombres de Dominio; en el caso de que la disputa sea por la titularidad, los responsables del dominio y/o un tercero quien busca la titularidad del dominio deberá solicitar la "Resolución de la Disputa por Titularidad" enviando un correo electrónico al área legal de NIC-México.

NIC-México iniciará el procedimiento cuando solicite por correo electrónico a ambas partes documentos que prueben su titularidad como facturas del proveedor, facturas del NIC-México, contratos o acuerdos celebrados donde se especifique el nombre del dominio. Esta documentación deberá recibirse vía correo en NIC-México dentro de los siguientes 15 días naturales.

CAPÍTULO CUARTO “CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA”

NIC-México resolverá la titularidad a nombre de quien posea un mejor derecho sobre el dominio en base a los documentos recibidos.

Se ha establecido que NIC-México se reservará el derecho de no resolver la disputa cuando considere que el caso rebasa sus facultades.

Una situación peculiar, es que en el caso de que se presente una controversia por marca registrada, los titulares del dominio se obligan a sujetarse a las Políticas de Disputas de NIC-México, designando al Centro de Mediación y Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como proveedor de resolución de disputas, para la administración de las controversias que se presenten bajo el dominio.mx., por lo que en ningún momento se hace referencia al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial.

Por otro lado existen distintos tipos de requisitos para cualquier persona física o jurídica que dedique su actividad a la compraventa a través de medios electrónicos. Por citar algunos podríamos señalar aquel que tiene el vendedor cuando de una compraventa sobre un bien inmueble se trata y que el propio Código de Comercio en su artículo 18 señala como obligación la de registrar este tipo de acto ante la Secretaría de Economía y a través del Registro Público del Comercio, considerándose la solemnidad de este tipo de contrato. Por su parte, el Artículo 22 establece que cuando, conforme a la ley, algún acto o contrato deba inscribirse en el Registro Público de la Propiedad o en

registros especiales (sin señalarse cuáles podrían ser), su inscripción será bastante para que surtan los efectos del derecho mercantil.

4.7 VENTAJAS Y DESVENTAJAS FRENTE AL TIPO CLÁSICO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA MERCANTIL.

❖ VENTAJAS

La principal de ellas es la comodidad que genera a las partes en todos sus aspectos, la celeridad en la transacción, las formas de pago, evitar los altos costos administrativos y cúmulo de papeleo.

Por otro lado, existe la posibilidad de una resolución extrajudicial cuando el motivo de la controversia verse en la defensa de los derechos del consumidor, que en base a la Sección Tercera del Capítulo XIII, se establece el procedimiento arbitral en donde la Procuraduría Federal del Consumidor podrá actuar como árbitro cuando los interesados así lo designen y sin necesidad de reclamación o procedimiento conciliatorio previo (Artículo 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

El Comercio Electrónico por su naturaleza misma, facilita a las empresas y entidades gubernamentales el desarrollo en sus actividades, ya que en las compraventas y en su caso adquisiciones internacionales que se hagan a través de este medio, se facilita indudablemente la contratación.

❖ **DESVENTAJAS**

Quizá la más importante y la que más peso tiene es la que se refiere a la falta de una cultura global en cuanto al aprovechamiento, uso y empleo de las nuevas tecnologías en la vida diaria y comercial de las personas. Por otro lado, es indudable la existencia de la mala voluntad de algunos individuos que atacan la esfera jurídica y la seguridad de los usuarios de estos medios.

Por otro lado, al menos en México, existe una falta de regulación de varios aspectos que en suma son esenciales para el buen funcionamiento del comercio electrónico y la protección de los intereses de los usuarios tanto de la Internet como de los actos jurídicos que se llevan a cabo por este medio.

CAPITULO QUINTO

FIRMA ELECTRÓNICA

5.1 RESEÑA HISTÓRICA

Hace miles de años, el hombre comenzó a comunicarse con sus semejantes mediante un sistema estructurado de signos llamado lenguaje. La escritura, entendida como representación gráfica de algún lenguaje, surgió para poder conservar y transmitir los mensajes, permitiendo comunicar ideas sin necesidad de una interacción directa entre el emisor y el receptor. En muchos casos emisor y receptor son el mismo individuo, pues la escritura se empleaba, y aún se sigue empleando, para complementar nuestra propia y limitada memoria.

Pero a veces el emisor también quería proteger sus ideas de la curiosidad de los demás, y surgía la necesidad de asegurar que el mensaje sólo iba a poder ser interpretado por ciertas personas. Había nacido la criptografía, palabra extraída del vocablo latino kriptos que significa oculto, y grafos que significa escritura.

5.1.1 CONCEPTO DE CRIPTOGRAFÍA

La criptografía no es una acepción nueva, partiendo de la idea de que la criptografía es la parte de la criptología que estudia cómo cifrar efectivamente los mensajes, es decir el estudio y práctica de los sistemas de cifrado destinados a ocultar el contenido de mensajes enviados entre dos partes: emisor y receptor.

Desde los principios de la humanidad, ha habido preocupación porque cierta información no sea interceptada en su trayecto del

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

emisor al receptor y esa preocupación se ha visto satisfecha mediante diversos sistemas de encriptación de la información, partiendo de técnicas criptográficas de diversa complejidad como eran desde escribir los mensajes en la cabeza rapada de esclavos para enviarlos una vez que les hubiera crecido el cabello, pasando por el escitalo¹, el cilindro de Bazaires², o los manuales secretos de las empresas mercantiles, que contenían palabras claves mediante las cuales se podían descifrar los mensajes que eran enviados por los directivos.

Como ya lo hemos mencionado, se entiende por criptografía, a la técnica por medio de la cual un mensaje o información puede ocultarse o transformarse en signos que no serán comprensibles por aquellas personas que no cuenten con las claves para descifrarlo, ya que la información se protege a través de algoritmos.

Forma parte de los sistemas de seguridad de la información que viaja a través de medios electrónicos y la cual resulta de gran utilidad en el caso de la utilización de la firma digital en el comercio electrónico.

La firma digital se conforma por dos claves, una pública y otra privada, las cuales se protegen para evitar que algún tercero no autorizado tenga acceso a determinada información, por lo cual la criptografía es de gran ayuda.

¹ Mecanismo mediante el cual un papiro se enrollaba en un bastón y se escribía el texto a lo largo de éste último, de forma transversal al papiro. Para poder leer el mensaje, el destinatario necesitaba un bastón con el mismo diámetro.

² Muy parecido al "Bastón Escitalo," pero que en vez de un papiro, el cuerpo de este instrumento estaba conformado por una serie de discos que contenían un alfabeto cifrado.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Es una técnica que permite mantener la confidencialidad de la información que se envíe. "La información puede cifrarse y descifrarse empleando ecuaciones matemáticas y un código secreto denominado clave.

Generalmente se emplean dos claves, una para codificar la información y otra para descodificarla. La clave que codifica la información, llamada clave privada, sólo es conocida por el emisor. La clave que descodifica los datos, llamada clave pública, puede ser conocida por varios receptores. Ambas claves se modifican periódicamente, lo que complica todavía más el acceso no autorizado y hace muy difícil descodificar o falsificar la información cifrada. Estas técnicas son imprescindibles si se pretende transmitir información confidencial a través de un medio no seguro como puede ser Internet." ³

Criptografía es la ciencia que trata del enmascaramiento de la comunicación de modo que sólo resulte inteligible para la persona que no posee la clave, o método para averiguar el significado oculto, mediante el criptoanálisis de un texto aparentemente incoherente.

En su sentido más amplio, la criptografía abarca el uso de mensajes encubiertos, códigos y cifras. La palabra criptografía se limita a veces a la utilización de cifras, es decir, métodos de transponer las letras de mensajes (no cifrados) normales o métodos

³ “Seguridad informática”. Enciclopedia Microsoft Encarta 2001. 1993-2000 Microsoft Corporation.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

que implican la sustitución de otras letras o símbolos por las letras originales del mensaje, así como a diferentes combinaciones de tales métodos, todos ellos conforme a sistemas predeterminados.

Hay diferentes tipos de cifras, pero todos ellos pueden encuadrarse en una de las dos siguientes categorías: transposición y sustitución.

En la actualidad, los organismos oficiales, los bancos y muchas empresas transmiten gran cantidad de información confidencial, en forma de comunicación de datos, de una computadora a otra. La comunicación se efectúa por línea telefónica u otros canales no privados.

En 1976 el National Institute of Standards and Technology, elaboró la técnica denominada Data Encryption Standard (DES), que utiliza el código binario compuesto por ceros y unos, formando una unidad que recibe el nombre de bit. El (DES) transforma segmentos de mensaje de 64 bits en otros equivalentes de texto cifrado, empleando una clave de 56 bits. Cada usuario elige una clave al azar, que sólo comunica a aquellas personas autorizadas a conocer los datos protegidos. El mensaje real se codifica y descodifica automáticamente mediante equipos electrónicos incorporados a las computadoras emisoras y receptoras. Como existen más de 70,000 billones de combinaciones de 56 bits, la probabilidad de descubrir la clave aleatoria parece mínima. Sin embargo, algunos expertos han criticado la técnica DES por su vulnerabilidad frente a los potentes métodos de descodificación posibles para los grandes ordenadores.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

A la criptografía también se le conoce con el nombre de encriptación, que es el acto de ocultar algo. En Internet se pueden encontrar algoritmos de encriptación de libre distribución.

Se han propuesto diferentes alternativas, como el criptosistema de clave pública (PKC), que utiliza una clave pública y otra secreta. El PKC, basado en un enfoque matemático, elimina el problema de la distribución de claves, pero no resulta tan eficaz desde el punto de vista informático, como el DES.⁴

Es así como a través de la criptografía, se trata de brindar mayor seguridad al intercambio de información en el caso del comercio electrónico, para evitar que se realicen alteraciones al acuerdo que exista entre las partes, o sirva para realizar actos ilícitos.

El principal problema que presenta el uso práctico de la criptografía de clave simétrica es la distribución de las claves. La criptografía de clave asimétrica o pública, sin embargo, usa claves diferentes para cifrar y descifrar un mensaje. Lo único que se transmite de un usuario a otro es el mensaje cifrado.

Entre estas claves existe una relación particular que permite a una de ellas cifrar un mensaje mientras que la otra es empleada para descifrarlo. Las claves privadas deben ser conservadas por su propietario del modo más seguro posible (almacenadas en el disco duro del ordenador de su propietario, cifradas con una palabra de paso, o en tarjetas magnéticas o inteligentes que se inserten en *hardware* especial conectado al ordenador).

⁴ “Encriptación”. Enciclopedia Microsoft Encarta 2001. 1993-2000 Microsoft Corporation.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Mediante la utilización del Internet se han llevado a cabo numerosas operaciones contractuales, mismas que han contenido información confidencial, la cual ha tenido que ser encriptada para evitar su divulgación. Para lograr una mejor noción de lo que es la contratación electrónica, es necesario señalar en qué consiste la Internet.

Este medio de comunicación tuvo sus orígenes en la Segunda Guerra Mundial, ya que se buscaba una vía de comunicación entre los centros de mando y las unidades de combate. Así, a inicios de los años setenta, una rama científica de las fuerzas armadas estadounidenses, conocida como ARPA (Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados o Advanced Research Projects Agency) inició el diseño de una red de computadoras que pudiera soportar cualquier tipo de catástrofe.

De lo anterior se desprende que la Internet fue creado para ejercer control sobre los elementos en guerra, objetivo que fue superado hasta llegar a lo que conocemos ahora como la red mundial de información y comunicación.

El uso que se le debía dar a la red de información, para que pudiera ser eficaz, debía cumplir con varias cualidades: Primero, la red debía ser redundante, es decir, que la información pudiera encontrar más de una ruta desde su origen hasta su destino, obviando así cualquier "hueco" que se pudiera producir en la red; segundo, la red debía ser descentralizada, no debía haber un solo "centro" que fuera fácil de eliminar; tercero, la red debía ser fácil de

implementar usando la infraestructura existente. A esta red le llamaron ARPANET .

Topología de Internet

Varias computadoras individuales conectadas entre sí forman una red de área local (LAN)⁵. Internet consiste en una serie de redes (LAN) interconectadas. Las computadoras personales y las estaciones de trabajo pueden estar conectadas a una red de área local mediante un módem a través de una conexión o directamente a la LAN. También hay otras formas de conexión a redes, como la conexión T1 y la línea dedicada. Los puentes y los hubs⁶ vinculan múltiples redes entre sí. Un enrutador⁷ transmite los datos a través de las redes y determina la mejor ruta de transmisión.

¿Cómo funciona Internet?

Internet es un conjunto de redes locales conectadas entre sí a través de un ordenador especial por cada red, conocido como gateway⁸ o portal.

Las interconexiones entre gateways se efectúan a través de diversas vías de comunicación, entre las que figuran líneas telefónicas, fibras ópticas y enlaces por radio. Pueden añadirse redes adicionales conectando nuevas puertas. La información que debe enviarse a una máquina remota se etiqueta con la dirección computarizada de dicha máquina.

⁵ *Local Area Network*

⁶ *El "Hub" básicamente extiende la funcionalidad de la red (LAN) para que el cableado pueda ser extendido a mayor distancia, el "Hub" puede ser considerado como una repetidora.*

⁷ *Dispositivo que distribuye tráfico entre redes.*

⁸ *Punto de una red que actúa como punto de entrada a otra red.*

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Los distintos tipos de servicio proporcionados por Internet utilizan diferentes formatos de dirección (Dirección de Internet). Uno de los formatos se conoce como decimal con puntos, por ejemplo 123.45.67.89. Otro formato describe el nombre del ordenador de destino y otras informaciones para el encaminamiento, por ejemplo “mayor.dia.fi.upm.es”.

Como ya lo mencioné, las redes situadas fuera de Estados Unidos utilizan sufijos que indican el país, por ejemplo (.es) para España o (.ar) para Argentina. En todo el mundo, el sufijo anterior especifica el tipo de organización a que pertenece la red informática en cuestión, que por ejemplo puede ser una institución educativa (.edu), un centro militar (.mil), una oficina del Gobierno (.gov) o una organización sin ánimo de lucro (.org).

Una vez direccionada, la información sale de su red de origen a través de la puerta o gateway. De allí es encaminada de puerta en puerta hasta que llega a la red local que contiene la máquina de destino. Internet no tiene un control central, es decir, no hay algún ordenador individual que dirija el flujo de información. Esto diferencia a Internet y a los sistemas de redes semejantes de otros tipos de servicios informáticos de red como Comuserve, America Online o Microsoft Network.⁹

Así nace la Internet, pero no como la conocemos hoy en día, sino más bien como un medio de intercambio de información y vínculo entre las personas. Es por ello que en un principio fue utilizado solamente por investigadores y científicos, ya que su uso implicaba

⁹ “Topología de Internet”. Enciclopedia Microsoft Encarta 2001. 1993-2000 Microsoft Corporation.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

el conocimiento de ciertos comandos. Sobre todo, su uso estaba reservado a las fuerzas armadas de los Estados Unidos de América.

El protocolo principal por el cual se transmite la información que viaja por la red TCP/IP, (Transfer Control Protocol/ Internet Protocol) no ha variado en su esencia desde la creación de Internet. Esta información se divide en paquetes más pequeños a los cuales se llama datagramas.¹⁰ Estos datagramas son enviados por la red sin ningún orden específico; así cuando se envía un mensaje que contenga, por ejemplo, las letras ABCO, éste se dividirá en cuatro datagramas, cada uno con una letra. Estos datagramas viajarán de modo independiente, para luego recomponerse en la computadora de destino, sin que el receptor final pueda saber qué ruta tomó cada uno de ellos. Sin embargo, ninguno de estos datagramas está encriptado y cualquiera que los tome en su recorrido puede leerlos sin problema.

Aquí es donde entra la criptografía o encriptación para salvaguardar los intereses jurídicos en diversas situaciones como el derecho a la confidencialidad, a la identidad, la libertad de expresión, y sin lugar a dudas a las relaciones del comercio electrónico en línea.

Todo parte de la idea de encontrar un sistema en donde los datos comerciales y financieros puedan viajar de un modo seguro por la red. A ese sistema se le ha llamado SET (Secure Electronic Transaction, o Transacciones Electrónicas Seguras), y funciona

¹⁰ Entidad de datos autocontenida e independiente que transporta información suficiente para ser encaminada desde una computadora a otra sin tener que depender de que se haya producido anteriormente tráfico alguno entre ambas y la red de transporte.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

cuando en la compraventa a través de Internet el pago se hace mediante tarjeta de crédito.¹¹

El SET, es un sistema de criptografía basado en el mecanismo de llave pública y en el cual participan las más importantes compañías de tarjetas de crédito en el ámbito mundial (Visa, Master Card y American Express) y varias de las principales empresas de la informática como Microsoft, IBM, Netscape, entre otras.

Este programa de acuerdo con la legislación internacional, así como la de cada país que ha adoptado ciertos protocolos de seguridad en su legislación interna en cuanto a la transferencia segura de datos, cubre tres principios básicos exigidos en el comercio en línea cuando el pago se hace mediante tarjeta de crédito:

1. Que la información transmitida sea confidencial.
2. Que las transacciones se lleven a cabo con total integridad, es decir sin pérdida de datos.
3. Autenticar a los tarjetahabientes y a los comerciantes.

Con el empleo del programa SET participan cinco actores, cada uno con sus funciones bien definidas:

1. El emisor, que en este caso es la institución que entrega la llamada tarjeta de crédito electrónica. Suele ser un banco.
2. El tarjetahabiente, es la persona que dispone de la tarjeta electrónica para realizar transacciones.

¹¹ Cfr. TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Contratos informáticos, op. Cit., p. 494.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

3. El comerciante, es el que dispone de un sitio Web para realizar ventas en línea.
4. El pagador, es una institución que recibe del comerciante el certificado de pago que certifica la transacción entre el comprador y el vendedor. La cámara de compensación o gateway, es una institución que se encarga de procesar el pago al comerciante y;
5. La autoridad certificadora, que son instituciones encargadas de generar las llaves públicas y privadas de cada uno de los miembros del sistema.

Para realizar una transacción en línea con la opción de pago mediante tarjeta de crédito, se requiere del siguiente proceso:

- ✓ Que el comprador tenga una tarjeta de crédito electrónica debidamente certificada por el banco emisor. Esta tarjeta contiene la identidad del usuario, su llave pública e información sobre su cuenta. Todos estos datos están encriptados¹² en forma de un certificado que es único por cada tarjetahabiente.

En este sentido, las “Reglas a las que Habrán que Sujetarse las Instituciones de Banca Múltiple en la Emisión y Operación de las Tarjetas de Crédito Bancarias”, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de diciembre de 1995, y modificadas por resoluciones los días 19 de febrero, 17 de julio y 27 de diciembre de 1996, establecen en la REGLA SEGUNDA que: "Las tarjetas de

¹² Encriptar es, dicho simplemente, asignar o anexas códigos de caracteres secretos y cifrados, denominados "stream" para proteger la información mediante técnicas de criptografía, de manera tal que el mensaje no tenga sentido mientras se está transmitiendo y solo pueda ser decodificado o descriptado cuando llegue a su destino. JAVIER JIJENA, Renato; "Sobre la Imprudencia de Censurar Legalmente los Contenidos de Internet" "Derecho de la Alta Tecnología"; una publicación de Estudio Millé, Año XI, No.131 ; julio 1999; Buenos Aires, Argentina; pag. 16.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

crédito se expedirán siempre a nombre de una persona física; serán intransferibles y deberán contener el nombre del titular y una muestra de su firma visual o codificada electrónicamente.

Por su parte, dentro de las mismas Reglas se establece en el segundo párrafo del siguiente numeral, la posibilidad jurídica de realizar el pago mediante el empleo de tarjetas de crédito en las compraventas a través del teléfono y por Internet, al señalar que: "con base en el contrato de apertura de crédito, la institución acreditante podrá obligarse a pagar por cuenta del acreditado, las órdenes de compra de bienes y servicios que el tarjeta habiente solicite, telefónicamente, o por alguna vía electrónica, a sus proveedores, siempre y cuando los bienes adquiridos sean entregados en el domicilio del propio tarjeta habiente o en el que éste indique".

Cuando el comprador decide realizar una compra, este deberá llenar el formulario dentro de la página web y lo firma usando su clave privada. A este pedido le adjunta su certificado. Luego genera una llave DES al azar con la que encripta todos estos datos. Después necesita ubicar la firma pública del comerciante, que le servirá para encriptar la llave DES.¹³

¹³ La aparición de las computadoras y su increíble capacidad de procesamiento hizo que la criptografía se hiciera digital. En 1976, IBM desarrollo un sistema criptográfico denominado DES (Data Encryption Standard), que luego fue aprobado por la Oficina de Estandarización de los Estados Unidos.

DES se basa en complicados sistemas matemáticos de sustitución y transposición, los cuales hacen que sea particularmente difícil de romper. Sin embargo, DES depende de que tanto el que envía el mensaje como el que lo recibe conozcan la clave con la cual fue encriptada y en este sentido se parece al sistema usado por los espartanos, que necesitaban tener el cilindro con el cual se había codificado el texto para poder leerlo. En el caso de DES al "cilindro" se le denomina "llave". La seguridad de esta llave va a depender de su tamaño. Cuando tenemos un mensaje cifrado hay un número "n" de posibilidades de descubrir la llave con la cual se

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Así, el comerciante recibe dos mensajes encriptados: uno de una firma DES que él podrá descifrar pues fue generado con su firma pública y otro que contiene los datos del pedido, que decodificará usando la firma DES que descriptó con su firma privada.

Posteriormente se sigue el mismo proceso, pero entre el comerciante y la cámara de compensación para completar la transacción.

Ahora bien, nos surge una interrogante, ¿Por qué es importante la criptografía en Internet? Por la sencilla razón de que sin el uso de este sistema no sería posible la seguridad en las transacciones de comercio electrónico en todos sus sentidos, ya que como se ha venido analizando, la confidencialidad en los datos que se anexan no solamente existe en el momento del pago, ya que tal protección se da desde el momento mismo en el que se acciona el derecho de prestación del servicio de Internet al ingresar la clave privada o password, que sin ella simplemente no se podría navegar dentro de la red de redes.

Pese a toda la protección que envuelve a las diversas acciones que se generan dentro de la Internet es cierto que existen ciertos

encriptó. Así, la confiabilidad de una firma depende de que ese número "n" sea tan alto que a un atacante le tome demasiado tiempo probar todas las posibilidades. Una firma de 56 bits es actualmente el standard en DES. Para leer un mensaje cifrado con DES es necesario usar la misma firma con la cual se encriptó, lo cual lo hace poco práctico e inseguro en el caso de transacciones comerciales virtuales, porque la propia llave debería transmitirse por medios electrónicos.

Para resolver este problema se creó la criptografía de firma pública. Bajo este sistema existen dos firmas: una privada y otra pública. Cuando A quiere enviar un mensaje a B, le solicita su firma pública (que como su nombre lo indica puede ser conocida por todo el mundo). Con la firma pública A encripta el mensaje y lo envía a B, que luego procede a descifrarlo aplicándole su firma privada, que no debe dar a conocer a nadie. La ventaja de este método es que no requiere que ambas partes conozcan la firma privada o como se le ha llamado password. (Referencia tomada de la pagina web www.kriptopolis.com).

factores de desprotección, pero que cada día tienden a irse superando con ayuda de la tecnología y el derecho.

5.2 CONCEPTO DE FIRMA

Desde tiempos inmemoriales, ha existido en el ser humano el interés por atribuirse sus obras y acciones, de hacerse "autor" de cada vestigio que va quedando a su paso por el mundo. De esta manera, los habitantes de la Prehistoria ya plasmaban sobre las paredes de sus viviendas, signos distintivos propios o de su comunidad. Conforme fue avanzando la humanidad, siguieron siendo frecuentes los dibujos y símbolos en las sociedades más desarrolladas.

Es interesante, por citar un ejemplo, cómo ya en los inicios de nuestra era, los cristianos para identificarse entre ellos y así evitar ser apresados por los romanos, se reconocían mutuamente plasmando uno de ellos en la arena con su báculo la mitad de un pez, símbolo de la cristiandad, para que fuera completado el dibujo por su interlocutor en el caso de ser cristiano, y así identificarse.

De esta manera, en la Roma antigua, la *Manufirmatio* o "firma con la mano", consistía en un acto protocolario en el que leído un documento por su autor, éste pasaba la mano por el mismo en actitud de juramento para posteriormente estampar su nombre, signo o sello; seguido de esto, se procedía a hacer lo mismo por los testigos.¹⁴

Ahora conviene hacer la conceptualización de lo que de modo general se entiende como firma autógrafa:

¹⁴ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, Nuevo Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 2000, P. 538

La Real Academia de la Lengua Española define la firma como: "Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido."¹⁵

En el Vocabulario Jurídico de Couture se define como: "Trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona con el cual se suscriben documentos para darles autoría y obligarse con lo que en ellos se dice".¹⁶

5.2.1 CARACTERÍSTICAS DE LA FIRMA

De las anteriores definiciones se pueden desprender las siguientes características funcionales:

- ✓ Es Identificativa: Sirve para identificar quién es el autor del documento.
- ✓ Es Declarativa: Significa la asunción del contenido del documento por el autor de la firma; sobre todo cuando se trata de la conclusión de un contrato, la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse.
- ✓ Es Probatoria: Permite identificar si el autor de la firma es efectivamente aquél que ha sido identificado como tal en el acto de la propia firma.

La firma se presenta como un signo distintivo y personal, ya que, en términos generales, debe ser puesta de puño y letra del firmante. La firma manuscrita tiene esta característica y puede ser eliminada y sustituida por otros medios en la firma electrónica.

¹⁵ <http://www.rae.es/>

¹⁶ COUTURE, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, Ediciones "Depalma", Buenos Aires, 1993.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

El *animus signandi*: Es el elemento intencional o intelectual de la firma.

Consiste en la voluntad de asumir el contenido de un documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar.

La firma asegura la relación jurídica entre el acto firmado y la persona que lo ha firmado. La identidad de la persona nos determina su personalidad a efectos de atribución de los derechos y obligaciones.

La firma manuscrita expresa la identidad, aceptación y autoría del firmante; sin embargo, no es un método de autenticación totalmente fiable. En caso de duda o negación de la firma puede establecerse la correspondiente pericial caligráfica para su esclarecimiento.

5.2.2 Aspectos Legales

La firma acredita la autoría del documento suscrito normalmente al pie del mismo y representa la formalización del consentimiento y la aceptación de lo expuesto, y es por tanto origen de derechos y obligaciones. De igual manera, la firma será válida siempre que no sea falsificada o se haya obtenido con engaño, coacciones o de cualquier otro ilícito proceder.

He estado haciendo referencia a la firma autógrafa porque podemos interpretarla en un sentido amplio para con las demás clases de firmas que únicamente derivan unas de otras en razón del medio o la manera por la cual se generan.

Por lo demás, el maestro Miguel Acosta Romero en su libro "Nuevo Derecho Mercantil", al cual ya he hecho referencia, hace un

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

completo estudio referente al análisis de este tema, y resulta sumamente interesante la clasificación los distintos tipos de firma, por lo que me permito hacer la transcripción textual de esta parte de su obra:

"Existen diversas clases de firmas:

a. Autógrafo;

b. En facsímil;

c. Mecánica;

d. De la persona física;

e. De la persona jurídica colectiva (a través de sus órganos de administración y representación);

f. Con lápiz o con tinta;

g. Con otros instrumentos de escritura y

h. La firma electrónica.

Como deliberación a esta clasificación, se puede decir que, de un tipo de firma se desprende otro, por ejemplo:

En lo que respecta a la clasificación de "*firma autógrafa*", dentro de ésta se comprenderían la clasificación de la firma mediante "*lápiz o con tinta*" y "*con otros instrumentos de escritura*", toda vez que estos elementos solamente pueden funcionar mediante el puño y letra del propio autor. De manera indistinta y sin considerarse exclusiva de esta clasificación se puede considerar que las firmas

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

atribuibles a las *“personas físicas”* y *“a las personas jurídicas colectivas”* pertenecen a tal clasificación, sin mermar puedan ser realizadas mediante cualquier medio mecánico como el facsímil, o cualquier otro medio electrónico, inclusive de encriptación”.

Una vez hecho este razonamiento, procederé a hacer una clasificación propia de lo que se entiende como tipos de firmas:

Desde este parámetro, podemos ver que las firmas electrónicas, tema que nos ocupa, son una especie dentro del campo de las firmas producidas a través de un medio mecánico o magnético y de las cuales procederé a realizar un somero análisis en el siguiente punto.

5.3 DIVERSAS ACEPCIONES DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

Por firma electrónica entendemos *“un sonido electrónico, símbolo o procesamiento lógico adjunto y asociado con un registro, adoptado o ejecutado por una persona con el ánimo de firmar un registro”*.¹⁷

Para Del Peso Navarro *“es una señal digital representada por una cadena de bits”*¹⁸ *que se caracteriza por ser secreta, fácil de reproducir y de reconocer, difícil de falsificar y cambiante en función del mensaje y en función del tiempo, cuya utilización obliga a la aparición de lo que denomina fedatario electrónico o telemático que será capaz de verificar la autenticidad de los documentos que circulan a través de las líneas de comunicación, al tener no*

¹⁷ World Intellectual Property Organization International “Conference on Dispute Resolution in Electronic Commerce”, Geneva, November 6 and 7, 2000 for the CPR B²B E- Commerce Initiative; Appendix to the CPR Global E- Commerce Commitment; page 13

¹⁸ Unidad mínima de información que puede ser procesada por una computadora.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

*solamente una formación informática, sino también jurídica”;*¹⁹ o como *“el conjunto de datos, en forma electrónica, ajenos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge”*.²⁰

El primer concepto de verdad resulta ser muy novedoso y previsor para lo que en un futuro pueda considerarse como firma electrónica, ya que prevé la posibilidad de considerar como firma electrónica aquella que sea generada a través de sonidos.

Estos conceptos me permiten dar a conocer lo que a mi juicio considero como los distintos tipos de firma electrónica que existen en nuestro país, en adición a la Firma Electrónica Avanzada, de la cual me ocuparé mas adelante:

5.3.1 LA FIRMA ELECTRÓNICA A TRAVÉS DE FAX

Si bien el fax podría considerarse como un simple medio de transmisión de datos, y no de almacenamiento de ellos, nuestra legislación le da un tratamiento especial a la contratación que se hace a través del uso del fax; de esta manera recordemos lo que establece el Artículo 89 del Código de Comercio:

“En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, a la información generada, enviada,

¹⁹ DEL PESO NAVARRO, Emilio, "Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos en Ambito jurídico de las tecnologías de la información", Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 191 a 245
²⁰ Proyecto de Ley Española de Firma Electrónica 1999.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos.”

Partiendo de la idea de que el mecanismo utilizado para la firma digital debe ser criptográfico, ya que lo que se desea es proteger la información en el documento que avala, en tal supuesto se incursiona en el campo de la criptografía.

De esta manera, una contratación que se realice mediante el uso de un fax, sólo podrá considerarse como firma electrónica si la legislación aplicable le da este trato ya sea de manera interpretativa o expresa al propio documento.

En este orden de ideas, técnicamente no podrá denominarse como una firma electrónica aquella que se sustente dentro de un fax, ya que una de las cualidades esenciales para que tenga características de firma digital, es que no sea fácilmente falsificable por un tercero; es decir, que existan garantías que permitan que la firma pueda ser creada sólo por una sola persona y no por otra, protección que no es posible brindar en el fax, ya que no se basa en los principios de la encriptación.²¹ Ahora bien, legalmente y abocándonos a lo que señala nuestra legislación el fax como documento en sí, y la información en él sustentada tiene todos los efectos legales a fin de tener por válidos los acuerdos de las partes.

5.3.2 LA FIRMA A TRAVÉS DE LA PLANTILLA ELECTRÓNICA

Este sistema también es reconocido como "scanner de firma" o "credi digitalización de tarjetas" y consiste en que mediante un lápiz

²¹ CATALÁ PERRE. “Escritos y Firmas Electrónicas”, artículo publicado en “DERECHO DE LA ALTA TECNOLOGIA”, año XI, No. 131 julio Buenos Aires, Argentina, 1999. pag. 18

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

óptico conectado a una computadora y mediante el uso de un programa, el signante de un documento (credencial electrónica de identificación, tarjeta de crédito, cheque, etc.) sobre una plantilla reproduce "virtualmente" su firma que aparecerá en la pantalla de la computadora; esto, con un alto grado de semejanza a lo que sería una firma autógrafa sobre papel. Una vez plasmada la firma, mediante el uso del programa en la computadora, se procede a imprimirla sobre el documento en que quedará asentada.

Si bien la firma que se crea mediante el uso de este sistema podría considerarse como una firma autógrafa, a partir del principio que se genera del puño y letra del signante, es indudable el hecho de que el medio por el cual se genera es totalmente electrónico recibiendo altas connotaciones de virtualidad. Debido a esto, es que en lo personal considero que las firmas que se generan a través de este principio son una especie de firmas electrónicas, sin que ello implique el uso de la encriptación y la criptografía.

5.3.3 LA FIRMA A TRAVÉS DE NIP (NÚMERO DE IDENTIDAD PERSONAL)

El origen y quizá el principal parámetro legislativo sobre la firma electrónica en nuestro país lo encontramos en lo que los usos y prácticas bancarias le han denominado NIP .

El NIP o también conocido como "Número de Identidad Personal", tiene una acepción legal y uso primordialmente basado en las funciones de la Banca Electrónica.

Conforme al Artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, estas Instituciones podrán establecer con su público usuario, mediante el

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

uso de equipos y sistemas automatizados, en los contratos respectivos, las bases para determinar:

- I) Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;
- II) Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y
- III) Los medios por los que se haga constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto en el referido artículo, en sustitución de la firma autógrafa producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.

Como todo lo innovador, el objetivo primordial de la Banca Electrónica es facilitar muchas de las operaciones que realiza la Banca Múltiple con su público usuario a través de un servicio más atractivo y eficiente.

De esta manera, los servicios de nueva generación que proporcionan los Bancos son principalmente, el empleo de cajeros automáticos en vez de personal de cajas o ejecutivos de cuenta, la confidencialidad y seguridad de efectuar operaciones desde la comodidad del hogar del cuenta habiente a través de servicios telefónicos o de Internet; de igual manera la oportunidad que ofrece la Banca a sus usuarios con actividades empresariales para la consulta y asesoría en el manejo de sus finanzas, toda la

tecnología de la encriptación para la expedición de tarjetas de crédito, etc.

5.4 ELEMENTOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA.

Básicamente son los mismos elementos que componen el concepto de la firma manuscrita, aunque de este tipo de firma resaltan los siguientes:

- ✓ *la autenticación,*
 - ✓ *la integridad,*
 - ✓ *la fecha,*
 - ✓ *la hora, y*
 - ✓ *la recepción,* a través de métodos criptográficos asimétricos de clave pública (RSA, GAMAL, PGP, DSA, LUC, etc.).
- conceptos que permiten los siguientes parámetros:

INALTERABILIDAD

Significa que la información no se puede alterar cuando la misma es almacenada. La firma digital no impide que la información se altere, sino que detecta si ésta ha sido alterada.

PERDURABILIDAD

Significa que la información perdura en el tiempo y es una cualidad del medio de almacenamiento. La información que perdura en el tiempo debe ser archivada en un medio perdurable.

5.4.1 FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

Para poder hablar de este tema, antes debemos hacer un pequeño análisis de la manera en la que se genera este tipo de firma.

Todo parte del hecho de que las firmas electrónicas consisten básicamente en la aplicación de algoritmos de encriptación a los datos; de esta forma, sólo 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; todo esto mediante lo que se ha denominado como *clave pública* y *clave privada*.

En este entendido, se conoce a las claves públicas y las privadas en su conjunto, como "*Sistema de Criptografía Asimétrica*"; ambas claves van asociadas y se complementan, de manera que aplicando la clave privada del emisor sobre un mensaje, y verificando éste por el destinatario con la clave pública de aquél, se tiene la garantía de la autenticación y de la integridad del mensaje.

Cuando "A" quiere enviar un mensaje a "B", le solicita su clave pública (que como su nombre lo indica puede ser conocida por todo el mundo). Con la clave pública, "A" encripta el mensaje y lo envía a "B", que luego procede a descifrarlo aplicándole su clave privada, que no debe dar a conocer a nadie. La ventaja de este método es que no requiere que ambas partes conozcan la clave privada.

Las claves no son otra cosa que una combinación de letras y números, es decir un conjunto de *bits*, que a su vez constituyen un conjunto de ceros y unos (todo parte del concepto de sistema binario universal).

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

La creación de una firma digital implica combinar los caracteres que conforman la clave privada del usuario con los caracteres del documento o información a la que se quiere adjuntar a la firma. Este nuevo conjunto de caracteres obtenido a partir de la mezcla del documento e información con los de la clave privada, es lo que constituye la firma digital. En dicha mezcla quedan comprendidos todos los caracteres que conforman el documento, incluso los espacios en blanco, de forma tal que cada combinación (clave privada mas documento, es decir firma) es única para cada documento.

Una firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos, por lo que deberá estar basada en un certificado reconocido por una autoridad certificadora.

Además, para que la firma electrónica se considere como avanzada, debe de ir avalada con la certificación de un tercero debidamente autorizado para certificar las firmas electrónicas.

5.4.2 SIGNATARIO

Antes de hacer un análisis más detallado de lo que es la firma electrónica y sus diversos tipos, es conveniente hacer un estudio del signatario.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

El signatario de una firma electrónica es tanto el autor de un documento electrónico u oferente del mismo, como el destinatario de tal información.

El signatario de una firma electrónica es en pocas palabras el autor de ésta; es la persona física o jurídica colectiva que queda obligada y/o manifiesta su acuerdo en lo contenido dentro de un documento electrónico.

Como se menciona, puede tratarse tanto de una persona física que en todo momento, y en uso de sus facultades se obliga o manifiesta su acuerdo respecto de todo lo que se contempla dentro de un documento electrónico, o puede ser una persona jurídica colectiva, en aquel caso en el que un documento electrónico concerniente a una sociedad mercantil o asociación sea firmado por alguno de estos entes jurídicos, a través de su representante legal.

De estas características que dan origen a la firma electrónica, además se comprende el hecho de "la información" o el aviso que hace el signante de un documento de su elaboración; esto es, la firma electrónica hace la vez de indicación de que se ha generado un documento electrónico y éste es puesto a la otra parte para su ratificación, ya que cuando se crea el documento electrónico por su autor, éste lo envía a su destinatario a fin de hacer de su conocimiento la documentación, incluyendo tanto su clave pública como la clave privada, elementos que integran y dan forma a su firma electrónica, por lo que el destinatario de ese mensaje lo recibe y automáticamente al desencriptarlo encontrará la firma de su signante autor, que en todo momento será el oferente de la propuesta.

De igual manera para el destinatario del documento electrónico opera su firma electrónica cuando éste recibe la propuesta del oferente, la analiza y emite su respuesta al autor del mensaje electrónico.

La firma electrónica del destinatario quedará manifiesta dentro del acuse de recibo de la información que haga saber al oferente, valiéndose del sistema de encriptación.

5.4.3 DATOS DE CREACIÓN DE FIRMA

Son todos aquellos datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante.²²

Así como en la firma ológrafa o autógrafa, el signatario puede allegarse de los elementos de escritura caligráfica que considere convenientes (siempre y cuando éstos sean indelebles y garanticen cierta perdurabilidad) para estampar su firma; en el caso de la firma electrónica, el signatario podrá hacerse valer de los sistemas electrónicos que garanticen la seguridad y autenticidad de la firma electrónica, de tal manera que sean aceptados por los principios básicos de la encriptación, así como de la legislación aplicable. Estos datos pueden ser códigos o claves criptográficas privadas, que el signatario utiliza para crear la firma electrónica.

No obstante, en entornos criptográficos se considera a la firma digital con capacidad superior a la manuscrita, ya que no sólo comporta la autenticidad del documento firmado, sino su integridad,

²² Código de Comercio, art. 89.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

o lo que es lo mismo, la certidumbre de que no ha sido alterado en ninguna de sus partes, debido a que opera la utilización de un secreto no compartido, lo cual es lo único que impide que un tercero falsifique su firma.

Es importante destacar que la firma digital está ligada íntimamente al documento digital que la origina y que junto a ese documento y al certificado de clave pública correspondiente, permiten en conjunto, y de manera autosuficiente, verificar la integridad del documento y la identidad del creador de la firma.

Es necesario explicar los conceptos de seguridad de la criptografía antes de analizar la certificación de la firma digital en particular.

Se considera seguro a un criptosistema si no es posible acceder a la información encriptada o crear una firma digital sin poseer previamente la correspondiente clave secreta.

Por ejemplo, *un* criptosistema es *seguro* si, utilizando todas las computadoras disponibles, no es computacionalmente factible probar todas las claves diferentes posibles hasta hallar la clave secreta que corresponde. Este ataque a un criptosistema se denomina "*de fuerza bruta*"²³. La resistencia al ataque de fuerza bruta de un criptosistema utilizado para la firma digital debe poder medirse en miles o millones de años.

Es importante destacar que para que un mecanismo de firma digital sea confiable, no sólo debe ser seguro el criptosistema utilizado,

²³ ARCE, Alfonso José y DIAZ LANNES, Santiago, Poder Judicial de Santiago del estero (Argentina); Seminario: “EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA DIGITAL AL SERVICIO DE LA OPTIMIZACION DEL SERVICIO DE JUSTICIA. 27 al 29 de septiembre de 1999

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

sino que también debe ser segura la implementación de dicho criptosistema en software o hardware.

Un mecanismo de firma digital deja de ser confiable si las personas comparten sus claves secretas de firma entre sí. Por ejemplo, el jefe con su secretaria cuando éste parte de vacaciones. Sin embargo la concientización es posible, como sucede en la "firma por ausencia" en los documentos públicos.

Se trata de un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma en el documento electrónico que lo ostenta.

Este dispositivo como ya lo indicamos, debe de garantizar el mayor grado de seguridad en cuanto a la autenticidad de la firma que se ostenta.

Son tres aspectos los que deben de preverse en cuanto a los dispositivos de verificación de firma; éstos son:

- ✓ Encriptación,
- ✓ Autenticación e
- ✓ Integridad del mensaje.

Respecto de la encriptación, ya hemos realizado algunos comentarios con anterioridad; basta decir que todos los motores que sirvan para la creación de firmas electrónicas, se basan en la aplicación de la encriptación, de tal manera que los mensajes generados sólo puedan ser entendidos por el emisor y el receptor.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Los dispositivos de creación de firma operan con dos tipos de sistemas: sistema de clave única y sistema de clave dual o de claves públicas y privadas.

Ahora bien, en lo referente a la autenticación y la integridad del mensaje, estos conceptos corresponden esencialmente a los datos de verificación de firma y sus dispositivos, a los cuales me referiré a continuación.

5.4.4 DATOS DE VERIFICACIÓN DE FIRMA

Son los datos, como códigos o claves criptográficas únicas o duales tanto públicas y privadas, que se utilizan para verificar la firma electrónica. En suma son todos aquellos elementos técnicos que sirven de alguna manera para verificar la seguridad y la autenticidad de las firmas electrónicas.

En este parámetro, juegan un papel muy importante los conceptos citados en el inciso anterior, la *autenticación* y la *integridad del mensaje*.

La autenticación de firma será un método que permita identificar y verificar que el emisor y el receptor de una transacción vía Internet son realmente los mismos que están interviniendo y que además están plenamente autorizados para ello, con la ayuda de criptosistemas. Por tanto, se verifica la naturaleza de la autenticación de los participantes, de modo que la transferencia o la transacción se pueda realizar de una forma segura.

La integridad del mensaje incluye una suma de verificación en cada mensaje para garantizar que su contenido no se haya alterado

durante la transmisión. El software de emisión calcula la suma de verificación y la anexa al mensaje transmitido. El software de recepción calcula la suma de verificación y compara los resultados con los que aparecen en el mensaje. Si son iguales, hay una elevada probabilidad de que el mensaje recibido sea el mismo que fue enviado.

En suma, los principios básicos de la encriptación, la autenticación y la integridad constituyen la base de los dispositivos de creación y datos de verificación de las firmas electrónicas en la Internet, que aunque están disponibles en variedad de formas, de acuerdo a la complejidad y necesidades de las transacciones en esta vía, existe cierta igualdad de parámetros, a los cuales me referiré más adelante.

5.4.5 DISPOSITIVO DE VERIFICACIÓN DE FIRMA

Es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma, que en todo momento sirven para garantizar la seguridad de las transacciones.

Partiendo desde la idea más sencilla, un dispositivo de verificación de firma puede ser el mismo administrador del servicio de correo electrónico que uno tenga, ya que éste opera con la certificación de firma electrónica avanzada que el mismo proveedor de Internet proporciona a sus usuarios.

De esta manera, existe una amplia gama de dispositivos de seguridad que permiten realizar la verificación de las firmas electrónicas que van de la mano con las maneras o formas de contratar en cada caso.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Para obtener este certificado se necesita un navegador o browser; además, si se trata de un certificado expedido por una autoridad de certificación privada, será necesario contar con el software de dicha autoridad certificadora.

Los certificados pueden ser de cuatro tipos a saber:

- Certificados de Identidad.- Son los más utilizados dentro de los criptosistemas de clave pública y ligan a un usuario o equipo a una clave pública.
- Certificados de Autorización.- Certifican otro tipo de atributos del usuario, distintos a la identidad.
- Certificados Transaccionales.- Aquéllos que atestiguan que algún hecho o formalidad, acaeció o fue presenciada por un tercero.
- Certificados de Tiempo.- Permiten dar fe de que un documento existía en un instante determinado de tiempo.

Para generar transacciones completamente seguras, es importante utilizar, al menos, dos tipos de certificados, uno general para comunicaciones seguras y otro específico para transacciones económicas.

5.4.6 CERTIFICADO RECONOCIDO

Este certificado es aquél que es expedido por un Prestador de Servicios de Certificación o por una autoridad gubernamental de certificación,²⁴ cuyo contenido entre otros debe incluir la indicación de que los certificados se expiden como tales; el código

²⁴ En México son la Secretaría de Economía, el Banco de México y la Secretaría de la Función Pública.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

identificativo único del certificado; la identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado, indicando su nombre o razón social, su domicilio, su dirección de correo electrónico, su número de identificación fiscal y, en su caso, los datos de identificación registral; la firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado; la identificación del signatario, por su nombre y apellidos; en los supuestos de representación, la indicación del documento que acredite las facultades del signatario para actuar en nombre de la persona física o jurídica a la que represente; los datos de verificación de firma que corresponden a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del signatario; el comienzo y el fin del período de validez del certificado; los límites de uso del certificado, si se prevén; los límites del valor de las transacciones para las que pueda utilizarse el certificado, si se establecen.

De igual manera, para que sea considerado como un certificado reconocido, éste deberá de ser expedido por un prestador de servicios de certificación que cumple con ciertos requisitos como la demostración de la fiabilidad necesaria de sus servicios; deberá permitir la utilización de un servicio rápido y seguro de consulta del registro de certificados emitidos y habrá de asegurar la extinción o suspensión de la eficacia de los certificados de forma segura e inmediata cuando proceda tal supuesto; emplear personal calificado y con la experiencia necesaria para la prestación de los servicios ofrecidos en el ámbito de la firma electrónica y los procedimientos de seguridad y de gestión adecuados; utilizar sistemas y productos fiables que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y, en su caso, criptográfica de los procesos de

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

certificación a los que sirven de soporte; tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en el caso de que el prestador de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar su confidencialidad durante el proceso de generación; disponer de los recursos económicos suficientes para operar como entidades de certificación dentro del Gobierno de cada Estado; conservar registrada toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido durante quince años. Esta actividad de registro podrá realizarse por medios electrónicos; antes de expedir un certificado, informar al solicitante sobre el precio y las condiciones precisas de utilización del certificado; utilizar sistemas fiables para almacenar certificados e informar a cualesquiera usuarios de sus servicios de los criterios que se comprometen a seguir, respetando la Ley y sus disposiciones de desarrollo, en el ejercicio de su actividad.

5.4.7 PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

Es la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica.

Las autoridades de Certificación pueden emitir diferentes tipos de certificados:

Los certificados de Identidad. que son los más utilizados actualmente dentro de los criptosistemas de clave pública y ligan una identidad personal (usuario) o digital (equipo, software, etc.) a una clave pública.

Los certificados de Autorización o potestad que son aquéllos que certifican otro tipo de atributos del usuario distintos a la identidad.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Los Certificados Transaccionales son aquéllos que atestiguan que algún hecho o formalidad acaeció o fue presenciada por un tercero.

Los Certificados de Tiempo o estampillado digital permiten dar fe de que un documento existía en un instante determinado de tiempo.

El Sector de autoridades de certificación, hasta la fecha, está dominado por entidades privadas americanas, aunque ya existen iniciativas propias de la Unión Europea que se circunscriben a las fronteras de sus países de origen, es decir, sin salir a otros estados miembros.

De esta manera, el prestador de servicios de certificación o la autoridad o entidad de certificación deben reunir los requisitos que determine la ley, conocimientos técnicos y experiencia necesaria, de forma que ofrezca confianza, fiabilidad y seguridad.

En nuestro caso, la Secretaría de Economía y los Notarios Públicos deberán de sujetarse a lo establecido por las reformas ya tratadas respecto del Registro Público de Comercio, así como de lo establecido por la Nueva Ley del Notariado para el D.F.

De igual manera, y por hacer un pequeño recordatorio, las reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2000, que tienden a regular a los Notarios en cuanto a sus facultades de Registro de las Certificaciones son las siguientes:

Reforma al Artículo 1834 Bis del Código Civil Federal donde resalta que si se requiere en un acto jurídico el otorgar un instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar la información mediante la utilización de medios electrónicos, donde el

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

fedatario debe conservar una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, y en su caso, depositarlo o registrarlo ante los registros correspondientes al acto jurídico.

Reforma al Artículo 18 del Código de Comercio donde se hace referencia a la inscripción de los actos mercantiles en el Registro Público de Comercio.

Reforma al Artículo 20 del Código de Comercio donde nos da los parámetros bajo los cuales el registro de los actos de comercio, se llevará a cabo mencionando la operación de un programa informático, así como de la creación de una base de datos central interconectada con las bases de datos de sus oficinas ubicadas en las entidades federativas.

Reforma al Artículo 20 Bis fracción II del Código de Comercio, donde convierte a los responsables de las oficinas del Registro Público de Comercio, en depositarios de la fe pública registral mercantil.

Reforma al Artículo 30 Bis del Código de Comercio, donde se faculta a la Secretaría de Economía como entidad certificadora de los medios de identificación utilizados, por las personas autorizadas para firmar electrónicamente la información relacionada con el Registro Público de Comercio.

Reforma al Artículo 30 Bis 1 del Código de Comercio, donde menciona que cuando la autorización emitida por la Secretaría de Economía se otorgue a notarios o corredores públicos, se les permite por ende, el envío de información por medios electrónicos al Registro.

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Este marco legislativo comienza con la nueva etapa de la legalidad del comercio electrónico en México, dejando pendiente quizá la regularización de las entidades privadas de certificación que operan en nuestro país y que de alguna manera avalan ciertas transacciones entre los particulares, por lo que a fin de tener un claro campo legislativo de regularización de estas entidades, sería conveniente tener una normatividad mas fortalecida.

Continuando con el ámbito registral, las reformas citadas originan la creación de un sistema denominado SIGER o Sistema Integral de Gestión Registral, mismo que se compone de cinco subsistemas: Registro, Consulta, Certificación, Control de Gestión y Captura del Acervo Histórico. Para dichos subsistemas se contará con la existencia de un sitio web, mismo al que accederán los fedatarios públicos.

En cuanto a los Certificados, éstos serán emitidos por la Secretaria de Economía, a través de la Dirección General de Normatividad Mercantil; mismos que contendrán:

- a. Nombre del titular;
- b. Dirección;
- c. Vigencia, que no será mayor a un año a partir de su expedición;
- d. Clave pública;
- e. Nombre de la autoridad expedidora, y
- f. Los demás que determine la Secretaría, por conducto de la Dirección General de Normatividad Mercantil.

Dichos certificados digitales se emiten por una autoridad certificadora validada por la Dirección General de Normatividad

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

Mercantil; de esta autoridad es de donde los notarios y corredores públicos podrán adquirir su certificación digital.

De esta certificación digital, los fedatarios, los notarios y corredores públicos obtendrán una clave de usuario y otra de acceso a la base de datos de la entidad de que se trate.

En general, este Acuerdo abre la puerta a un nuevo sistema registral tan necesario en nuestro país, lo cual dará celeridad a la inscripción de actos jurídicos que requieran ser protocolizados ante fedatario público, al igual que generará una nueva intercomunicación entre fedatarios y dependencias involucradas con estos actos.

Ahora bien, cabe hacer una distinción entre lo que se entiende como Autoridades Públicas de Certificación y Autoridades Privadas de Certificación:

Autoridades Públicas de Certificación:

La estructura y el cuadro de funcionamiento de las autoridades de certificación o Trusted Third Party, TTP (Tercera Parte Confiable) prevén generalmente una estructura jerarquizada a dos niveles: el nivel superior suele estar ocupado por las autoridades públicas, que son las que certifican a la autoridad subordinada, normalmente privada.

En México es la Secretaría de Economía a través de su Dirección General de Normatividad Mercantil, como ya señalamos, la que se encarga de certificar a las autoridades privadas de certificación y de expedir los registros a los Notarios Públicos.

En el caso de España está el Proyecto CERES, en el que participan el Consejo Superior de Informática y el Ministerio de Economía y Hacienda; Correos y Telégrafos contempla el papel de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre como entidad encargada de prestar servicios que garanticen la seguridad y validez de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Autoridades Privadas de Certificación

En México existen pocos sitios Privados de certificación, uno de ellos es Banamex, entidad financiera que a través de un certificado tipo SET, expide a los clientes de este servicio, un portafolios denominado clic net que proporciona un servicio de crédito bancario adicional exclusivo para ser usado en Internet, aunque la mayoría de las Autoridades Privadas de Certificación son organizaciones internacionales debidamente acreditadas en nuestro país y que prestan este servicio. El más significativo tanto en México como en España es el denominado ACE (Agencia de Certificación Electrónica) que está formado por CECA, SERMEPA, Sistemas 48 y Telefónica, y es una Autoridad de Certificación corporativa del sistema financiero español.

Tanto las Autoridades públicas como privadas emiten un certificado de las claves públicas de los usuarios, validando por cierto tiempo el hecho de que a un usuario se le asocie con su clave pública.

5.4.8 INTERMEDIARIO

Será toda persona que actuando por cuenta de otra envíe, reciba o archive un mensaje o preste un servicio con respecto a él.²⁵

5.4.9 PRODUCTO DE FIRMA ELECTRÓNICA

Es un programa o aparato informático o sus componentes específicos, destinados a ser utilizados para la prestación de servicios de firma electrónica por el prestador de servicios de certificación o para la creación o verificación de firma electrónica. Se trata de un programa informático que ayuda a la entidad de certificación a correlacionar los datos del signante con los datos criptográficos anexados en o dentro del mensaje y que como resultado de su correlación surge la firma electrónica.

5.4.10 ACREDITACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN

Es aquella resolución que establece los derechos y obligaciones específicos para la prestación de servicios de certificación que elabora el prestador al usuario que se beneficie de esta resolución, por la prestación del servicio de supervisión, y que de alguna manera certifica que la firma electrónica está debidamente acreditada.

5.5 EFECTOS JURÍDICOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

Las firmas digitales no podrán jugar un papel apropiado para facilitar el comercio electrónico hasta que sean reconocidas legalmente. En otras palabras, las firmas digitales deben de ser

²⁵ACOSTA ROMERO Miguel, “Nuevo Derecho Mercantil, op. cit., p. 560

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

legalmente equivalentes a firmas manuscritas antes de que puedan transformarse en una herramienta efectiva de negocios.

En muchos sistemas legales resulta común encontrar un requerimiento de que ciertos contratos o actos administrativos deben realizarse por escrito y hallarse autenticados por firmas manuscritas. Bajo este enfoque, por ejemplo, ciertos contratos resultan inválidos o inejecutables, salvo que se documenten por escrito y estén suscritos por una firma manuscrita, muchas veces por propósitos relacionados con la protección de los consumidores.

26

Como hemos visto a lo largo del desarrollo de este capítulo, la firma electrónica tiene inminentes repercusiones en el campo del derecho.

Al menos en México, se ha dado una sutil regulación al respecto, pero que no ha alcanzado una debida expectativa.

De esta manera, el multicitado Artículo 1803 del Código Civil Federal señala que será consentimiento expreso (fracción I) cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología o por signos inequívocos, por lo que este precepto legal es lo suficientemente flexible para anticipar desarrollos tecnológicos futuros.

²⁶ *Por ejemplo, el Código Civil Belga y el Código Civil Francés requieren evidencia escrita cuando el valor del contrato excede cierta cantidad de dinero. De acuerdo con el Código Civil Alemán, Artículo 126(1) toda declaración escrita de una oferta o su aceptación debe estar firmada; al final la firma debe de ser ejecutada por el puño y letra del remitente y la firma debe de mostrar su nombre. En consecuencia la firma transmitida por fax, escaneada en un sistema de transmisión electrónica de datos y así reproducida no es ejecutada a mano por el remitente; la práctica judicial no acepta la transmisión electrónica de datos.*

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

El Código Civil en comentario no limita su regulación a un tipo de documento electrónico (y por consiguiente de manera interpretativa a la firma electrónica en la que se sustentan las personalidades y la aceptación de la voluntad) ya que el hecho de establecer que tanto la aceptación como la propuesta hecha a través de medios electrónicos o de cualquier otra tecnología se tendrán por cumplidos mediante la utilización de dichos medios, siempre que la información generada o comunicada sea en forma íntegra, y además sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta (Artículo 1834 Bis del Código Civil Federal).

De este postulado surge una interrogante:

¿De qué manera la información generada a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, podrá ser o hacerse atribuible a las personas obligadas?

Indiscutiblemente encontramos la respuesta a esta cuestión en la función principal de la firma electrónica, ya que es a través de este medio como se validan las identidades de las partes, así como las voluntades de los contratantes.

Hechas estas anotaciones, se puede establecer que nuestra legislación, pese a que no contempla una regulación especial respecto de la firma electrónica, deja abierta la posibilidad de considerar como tal a cualquier otro tipo de tecnologías existentes así como de aquéllas que surjan en el futuro.

Por ende, considero que nuestra legislación no hace ningún tipo de distinción en cuanto a negar efectos jurídicos a aquellos documentos electrónicos que se encuentren signados *con firmas electrónicas no*

avanzadas o *simples* (como las que se ostentan en los correos electrónicos), que carezcan de un certificado reconocido o expedido por un proveedor no acreditado o que no hayan sido generadas por un dispositivo seguro de creación de firma.

En cuanto a la propuesta y aceptación hechas a través de estos medios electrónicos y de los que vengan en el futuro, no se requerirá de un documento en papel previo a la contratación electrónica para que produzca los efectos legales correspondientes.

5.6 ADMISIÓN COMO PRUEBA EN JUICIO

El concepto de lo que se ha venido a denominar como "documento electrónico", tiene en nuestro país una gran relevancia novedosa y doctrinal desde el punto de vista de su naturaleza probatoria, cosa que en la praxis no ha sido muy recurrida por los abogados postulantes.

Aunque en nuestra legislación adjetiva, el Artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles vigente, para ser exactos, contempla la figura de los "medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología" como tipos de prueba; se establece que para valorar la fuerza probatoria de la información que se ostente en estos medios, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en el que se haya generado, comunicado, recibido o archivado y en su caso, para clarificar si es posible atribuir tal información a las personas obligadas, y que a su vez, ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

En tal supuesto, el concepto de firma electrónica queda comprendido dentro de este artículo de manera interpretativa, al

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

señalar que se atenderá primordialmente “la fiabilidad del método” en el que se haya generado la información que se ostente dentro de cualquier medio de información electrónico para darle una debida fuerza probatoria, por lo que debemos entender que lo que da una mayor confianza, seguridad y certeza de lo actuado dentro de los documentos o medios electrónicos, es sin duda el empleo de las firmas electrónicas.

En este punto quiero entender que el legislador en su momento, al establecer de manera genérica el uso de “cualquier medio electrónico” para regular toda la información generada a través de éstos, lo hizo en aras de comprender en un mismo supuesto, todas las vertientes técnicas que sobre este tema abundan, no obstante que con esto haya generado un alto grado de confusión a la hora de buscar interpretar la ley, ya que en este momento tenemos un problema para poder entender si dicha “fiabilidad del método” (como el propio legislador lo llama), se refiere única y exclusivamente a la simple manera de cómo se generó el documento electrónico, o si bien, se puede comprender que el carácter de tal confianza y fiabilidad que necesitaría el método de generación de información deberá de basarse en un segundo elemento como la *firma electrónica*, que proporcione tanto a las partes en la relación contractual como al juzgador, esa confianza, seguridad y certeza.

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo en análisis, conlleva al hecho de que no se necesita como ya comentábamos, la presentación en documento escrito de la información generada en cualquier medio electrónico, ya que se establece que cuando un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Cabe mencionar, que no son muchas las tesis de jurisprudencia, que abordan este tipo de situaciones, sin embargo, cabe aclarar que cada día son más, los asuntos que son ventilados judicialmente, y que poco a poco ha ido generando precedentes importantes en la materia.

A continuación se transcriben algunas tesis aisladas que analizan algunos temas parecidos.

Registro No. 190520, localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Enero de 2001, página: 1699 Tesis: I.5o.C.90 C, tesis aislada, materia(s): Civil

CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN BURSÁTIL NO DISCRECIONAL. MEDIOS A TRAVÉS DE LOS CUALES PUEDEN PROBARSE LAS INSTRUCCIONES QUE LOS INVERSIONISTAS DAN A LAS CASAS DE BOLSA PARA QUE REALICEN OPERACIONES AUTORIZADAS POR LA LEY. *De conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 y 91, fracciones I, II, V y VIII de la Ley del Mercado de Valores, las operaciones celebradas por la casa de bolsa con su clientela inversionista y por cuenta de la misma, se regirán por las previsiones contenidas en los contratos de intermediación bursátil, en los cuales el cliente confiere un mandato general para que por su cuenta, la casa de bolsa realice las operaciones autorizadas por la ley, contratos que pueden pactarse bajo dos modalidades diferentes, una de manera no discrecional, en la que la casa de bolsa, en el desempeño de su encargo, actuará conforme a las instrucciones del cliente que reciba el apoderado para celebrar operaciones con el público, y la otra, cuando en el contrato se pacte el manejo discrecional de la cuenta. Cuando el contrato bursátil se pacta bajo la modalidad no discrecional, las instrucciones del cliente para la ejecución de operaciones concretas o movimientos en la cuenta del mismo, podrán hacerse de manera escrita, verbal o telefónica, debiendo precisarse en todo caso el tipo*

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

de operación o movimiento, así como el género, especie, clase, emisor, cantidad, precio y cualquier otra característica para identificar los valores materia de cada operación o movimiento en la cuenta, **puediendo convenir el uso de carta, telégrafo, télex, telefax, o cualquier otro medio electrónico, de cómputo o telecomunicaciones para el envío, intercambio o, en su caso, la confirmación de las órdenes de la clientela inversionista, precisándose las claves de identificación recíproca, las que sustituirán la firma autógrafa, por lo que las constancias documentales o técnicas en donde aparezcan producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos suscritos por las partes y tendrán igual valor probatorio.** De lo establecido en los anteriores dispositivos legales, se infiere que las instrucciones que los inversionistas dan a la casa de bolsa para realizar operaciones autorizadas por la ley, tratándose de contratos de intermediación bursátil en los que se pacte un manejo de la cuenta no discrecional, **sólo pueden probarse con las constancias documentales o técnicas en las que consten dichas instrucciones y la firma autógrafa o electrónica correspondiente,** o bien, con las constancias que al efecto se hayan pactado en el contrato respectivo.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 565/2000. Efraín y Marco Antonio Dávalos Padilla. 13 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Salvador Martínez Calvillo.

Registro No. 186243, localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002, página: 1306, tesis: V.3o.10 C. Tesis Aislada, materia(s): Civil

INFORMACIÓN PROVENIENTE DE INTERNET. VALOR PROBATORIO. El artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, en términos de lo previsto en el diverso artículo 2o. de este ordenamiento legal, dispone: "Para acreditar hechos o circunstancias en relación con el negocio que se ventila, pueden las partes presentar fotografías, escritos o notas taquigráficas, y, en general, toda clase de elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia."; asimismo, **el diverso artículo 210-A, párrafo primero, de la legislación que se comenta, en lo conducente, reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología;** ahora bien, entre los medios de comunicación electrónicos se encuentra "internet", que constituye un sistema mundial de diseminación y obtención de información en diversos ámbitos y, dependiendo de esto último, puede determinarse el carácter oficial o extraoficial de la noticia que al efecto se recabe, y como constituye

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

un adelanto de la ciencia, procede, en el aspecto normativo, otorgarle valor probatorio idóneo.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión (improcedencia) 1607/2003. Interbrands, S.A. de C.V., y Plásticos Junior, S.A. de C.V. 28 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Carlos Hugo Luna Baraibar.

Registro No. 182439. Localización: Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIX, Enero de 2004, página: 1492 Tesis: I.1o.A.120 A, Tesis Aislada, materia(s): Administrativa

CONTRIBUCIONES. LA COPIA SIMPLE DEL COMPROBANTE DE PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS OBTENIDA MEDIANTE IMPRESORA, FAX O CUALQUIER OTRO MEDIO ANÁLOGO ES APTA PARA ACREDITAR EL ACTO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA VIGENTE EN EL AÑO DOS MIL TRES. *Del artículo 31, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación y de la regla 2.9.17. de la Resolución Miscelánea Fiscal vigente en febrero del año dos mil tres se desprende que cuando los contribuyentes **realicen el cumplimiento de sus deberes fiscales por medios electrónicos**, no es obligatorio que presenten la declaración correspondiente en las formas aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en virtud de que los contribuyentes podrán presentar la declaración en las citadas formas para obtener el sello o impresión de la máquina registradora, lo que significa que se está en presencia de una facultad o derecho del gobernado que puede o no ejercer y no de un deber; en igual forma, es una facultad de éste obtener copia certificada de las declaraciones presentadas por medios electrónicos. **Ahora bien, el pago de contribuciones por medios electrónicos constituye un instrumento para facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los gobernados y la pronta y eficaz recaudación, cuya forma de operar implica que los causantes tengan una clave de acceso al sistema tributario cuando realicen pagos por transferencia electrónica, en tanto que la institución financiera proporcionará el sello digital. El concepto del "equivalente funcional" entre los documentos consignados en papel y aquellos consignados por vía electrónica tiene por objeto establecer una serie de características numéricas y criptográficas que identifican a la persona y aprobar la información que aparece en el mensaje, de ahí que la reproducción de la información mediante impresora, fax o cualquier otro medio análogo, que naturalmente se reduce a copia simple, no significa, en modo alguno, que carezcan de valor probatorio para demostrar el acto de aplicación del***

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

artículo tercero transitorio de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en el año dos mil tres, reclamado, por el simple hecho de que consten en copia simple, antes bien, son confiables partiendo de la base de los fines del artículo 31 del ordenamiento citado, que sirvió de fundamento para generar la información electrónica, en virtud de que la seguridad de la operación se encuentra en la clave digital que es original, administrada con los demás datos como son el registro federal de contribuyentes, la fecha de pago, el número de cuenta, el número de operación, el periodo, el impuesto y la cantidad que se paga y, en todo caso, el fisco federal, de no estar de acuerdo con su contenido, está en posibilidad de impugnarlo, y si no lo hizo, tal omisión se traduce en su aceptación tácita para todos los efectos legales, porque la presentación de una declaración escrita para obtener el sello oficial en original o la impresión en ella de la máquina registradora, después de haber realizado el pago o cumplimiento de obligaciones fiscales por medios electrónicos, es una facultad o derecho del gobernado que puede o no ejercer a su juicio, porque no se trata de un deber, una obligación. Por tanto, la fuerza probatoria deriva de la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser exigida para su ulterior consulta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente en términos del artículo 2o. de la Ley de Amparo, y no de la aplicación dogmática de una regla general de que las copias simples carecen, por sí mismas, de valor, por el hecho de que el sello digital se encuentra en una copia simple obtenida de impresora, fax, entre otros, ya que los avances tecnológicos, a nivel mundial, trajeron como resultado que el legislador introdujera los medios electrónicos para crear, modificar, extinguir o cumplir obligaciones, según se advierte de los artículos 31 del código tributario, 89 a 114 del Código de Comercio, 188 y 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, entre otros ordenamientos, que establecen excepciones a la regla general citada. Por consiguiente, si al realizar el pago provisional del impuesto sustitutivo del crédito al salario que le corresponde, el acuse referido es el único documento que obtuvo el particular al realizar su pago de esa forma, es claro que si las autoridades hacendarias no lo objetaron, por razones de lealtad procesal, de probidad y buena fe frente al Juez, quien debe evitar que se trastocuen dichos valores, debe considerarse apto y suficiente para demostrar el pago de referencia y, por ende, el acto concreto de aplicación de la norma tildada de inconstitucional y su interés jurídico para cuestionarla; con mayor razón si la quejosa, en el escrito de demanda, manifestó bajo protesta de decir verdad que la copia simple en la que consta la firma electrónica, es real, sin perjuicio de las responsabilidades que le pudieran resultar, en el supuesto de que llegara a faltar a la verdad, sobre todo si se toma en cuenta que la autoridad fiscal se abstuvo de cuestionar la veracidad

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

de la firma electrónica, no obstante que cuenta con la base de datos que contiene los sellos digitales y las firmas electrónicas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 354/2003. Cierres Best de México, S.A. de C.V. 10 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

Amparo en revisión 437/2003. Nutrical, S.A. de C.V. 15 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

Registro No. 187805 Localización: Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Febrero de 2002, página: 806 Tesis: V.2o.76 C, Tesis Aislada, materia(s): Civil

DOCUMENTOS SIMPLES. CONFORME AL CÓDIGO DE COMERCIO ANTERIOR A LA REFORMA DE VEINTICUATRO DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, SON LAS IMPRESIONES QUE SE AFIRMA PROVIENEN DE PÁGINAS DE INTERNET. *Conforme a los artículos 1237, 1238 y 1297 del Código de Comercio, los documentos pueden ser públicos, privados y simples. De acuerdo con la tesis aislada de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, tomo 44, Cuarta Parte, página 18, de rubro: "DOCUMENTOS PRIVADOS ORIGINALES Y SIMPLES NO OBJETADOS. VALOR PROBATORIO.", los documentos privados son los originales y los simples los distintos a aquéllos. De modo que si en el caso, el actor incidentista exhibió impresiones que dice provienen de páginas de internet, para que tuvieran pleno valor demostrativo, al haber sido objetadas por su contraparte, debieron corroborarse con otros elementos de convicción, como lo establece la jurisprudencia de la Sala referida, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917 a 1995, Tomo IV, Materia Civil, página 163, cuyo epígrafe es: "DOCUMENTOS SIMPLES PROVENIENTES DE TERCERO, QUE SON OBJETADOS."*

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 226/2000. Carlos A. Ruink. 16 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Cabello González. Secretaria: Brenda Maritza Zárate López.

Registro No. 186287, Localización: Novena Época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Agosto de 2002, página: 1279 Tesis: V.3o.9 C, Tesis Aislada, materia(s): Civil

CAPÍTULO QUINTO “FIRMA ELECTRÓNICA”

DOCUMENTAL CONSISTENTE EN INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE INTERNET. EN CUANTO DOCUMENTO INNOMINADO, CON BASE EN EL ARBITRIO JUDICIAL, PUEDE ASIGNÁRSELE VALOR INDICIARIO.

*El Código de Comercio establece en sus artículos 1237, 1238 y 1297, respectivamente, cuáles son los instrumentos públicos, los privados y los simples; asimismo, en los diversos artículos 1277, 1279 y 1284 de la legislación en cita, refiere las presunciones humanas; ahora bien, de la interpretación armónica de los citados artículos se infiere que el documento que contiene información referente a las tasas de intereses recabadas de "internet", como medio de diseminación y obtención de información, el citado instrumento no constituye un documento público pues, además de no ser un documento original, no contiene sello o alguna otra característica que señale la ley para darle el carácter de público, ni tampoco puede considerarse como documento privado, porque no constituye un documento original, conforme lo requiere el artículo 1242 de la ley en consulta; en consecuencia, de ello se deduce que dicho instrumento sólo puede ser considerado como documento simple y, por tanto, innominado; de suerte que si éste es un medio de prueba reconocido por la ley y no se demostró que la información contenida en dicho documento sea incongruente con la realidad, de ello deriva que es apto para integrar la presuncional humana, con observancia, además, del artículo 1205, del Código de Comercio, que señala: "Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, **mensajes de datos**, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad."; de ahí que su valor quede al arbitrio del juzgador como indicio, y como tal deban atenderse los hechos que con dicho instrumento se pretendan demostrar, en concordancia con los demás medios de convicción que obren en autos.*

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 257/2000. Bancomer, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Epicteto García Báez.

**CAPITULO SEXTO
GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN
MÉXICO**

6.1 El Comercio Electrónico

México, no obstante ser considerado un país con una economía en desarrollo, desde hace más de una década ha entrado de lleno en el fenómeno de la globalización, como un factor para el desarrollo y el progreso y a partir de 1992, inició las gestiones para la negociación de su primer Tratado de Libre Comercio, en esa ocasión con los Estados Unidos de América y Canadá y el cual entró en vigor el 1 de enero de 1994.

En la actualidad, México es el país que cuenta con el mayor número de tratados internacionales firmados de apertura a la globalización, alrededor de 180 documentos internacionales.

Los compromisos adquiridos por México, a partir de este esfuerzo globalizador de su economía y de apertura a los mercados internacionales, provocaron la necesidad de revisar y actualizar su legislación nacional y en general el marco regulatorio requerido, de acuerdo a las disposiciones de los tratados celebrados.

Al mismo tiempo, el gobierno de México está reconociendo la importancia del fenómeno de Internet en la sociedad mexicana y en las relaciones comerciales con el resto del mundo, para lo cual ha establecido políticas para el desarrollo del Comercio Electrónico a través del Internet.

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

Adicionalmente, se han introducido reformas legislativas para apoyar la utilización de Internet en la prestación de servicios gubernamentales, con objeto de hacer más eficiente a la Administración Pública Federal, a fin de que México, al igual que sus demás socios comerciales, esté en el Siglo XXI con la infraestructura tecnológica y el marco jurídico que la sociedad “digital” mexicana requiere.

El Comercio Electrónico (e-commerce, B2C) se refiere, como ya lo hemos indicado, a la compra y venta de bienes y servicios a través de Sitios Web en el Internet. Este concepto junto con el término de Comercio de Negocio a Negocio (e-business, B2B), son usados indistintamente con mucha frecuencia para referirse al mismo concepto, aun cuando su aplicación es muy diferente. En general, e-commerce se refiere a operaciones comerciales directamente con el consumidor final, mientras que e-business, término introducido al mercado en el año de 1997 por diversas empresas, entre ellas IBM, es un concepto que abarca no solamente la conducción de negocios en lo que respecta a la compra y venta de productos, sino también el servicio y soporte a clientes, resultando en la colaboración con otros socios comerciales para el comercio en Internet.

Como muchos otros términos que surgen día con día, el del Comercio Electrónico tiene un significado distinto para cada gente. La definición que se considera la más apropiada para fines de introducción al tema es la siguiente:

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

El Comercio Electrónico es cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación.¹

Los negocios en línea implican procesos operativos diferentes, necesariamente otra plataforma tecnológica, soportados por otros sistemas de producción, distintas prácticas de negocio, formas diferentes de relacionarse con el cliente, y finalmente un nuevo régimen jurídico regulador.

El Comercio Electrónico es un concepto que agrupa diferentes tecnologías que están ahora disponibles para mejorar la eficiencia de las transacciones entre empresas. Estas tecnologías incluyen:

- Intercambio electrónico de datos (EDI, XML²)
- Correo electrónico
- Formularios electrónicos
- Catálogos electrónicos
- Transferencia electrónica de fondos
- Fax
- Intercambio de datos técnicos
- Correo de voz
- Flujos de trabajo

Ante todos estos cambios, se sostuvo en México la idea de que la libertad de las partes de contratar debe seguir siendo la norma general en transacciones mercantiles (como lo son prácticamente todas las B2B). Se volvió deseable y necesario contar con legislación que pudiera proporcionar certeza jurídica, y reglas

¹ TELLEZ VALDÉS, Julio, *Contratos Informáticos*,. op. cit. p. 188.

² *Extensible Markup Language*

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

generales de carácter supletorio para cubrir los huecos que dejen los contratos entre las empresas, minimizando además la necesidad de celebrar enormes contratos que pretendan cubrir toda situación previsible (y el costo que ello involucra).

Podemos dividir las acciones legislativas para la utilización de Internet en dos grandes mundos:

1. Promoción del Comercio Electrónico.
2. Modernización del Sector Gubernamental.

6.1.1 PROMOCIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

6.1.1.1 LA REFORMA LEGISLATIVA

A principios de 1999, las principales asociaciones del sector privado, involucradas con la industria de tecnologías de información y el comercio electrónico en Internet, incluyendo a la Asociación de Banqueros, iniciaron trabajos conjuntos para elaborar una propuesta legislativa que reconociera la validez jurídica de la contratación y las transacciones realizadas electrónicamente, pues hasta ese entonces, el derecho privado mexicano sólo reconocía los contratos y operaciones realizados tradicionalmente en papel y tinta, esto es, en forma escrita y con firma autógrafa. De igual forma, diversas autoridades del sector gubernamental se abocaron al estudio de este tema, principalmente la Secretaría de Economía.

En abril de 1999, la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados, presentó una Iniciativa de Ley sobre el Comercio Electrónico en Internet, copiando literalmente el texto de la Ley Modelo para el Comercio Electrónico de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law).

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

Para agosto de 1999, tanto el sector privado, como el gubernamental y los legisladores, llegaron a la conclusión de que resultaba más conveniente revisar y reformar los preceptos de diversas leyes y códigos que tuvieran relación con la validez de las transacciones en Internet.

Finalmente, se llegó a una propuesta legislativa, que fue aprobada tanto por la Cámara de Diputados como por la de Senadores, el día 29 de abril de 2000 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2000, comúnmente conocida como la Legislación sobre Comercio Electrónico, pero que en realidad fue el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

La finalidad de dicho decreto fue habilitar la contratación electrónica, de manera que los acuerdos celebrados por “medios electrónicos ópticos o cualquier otra tecnología” pudieran considerarse legalmente válidos y por consiguiente plenamente obligatorios y exigibles entre las partes que concurrieron a su celebración.

El texto de estas reformas estaba inspirado a su vez en la Ley Modelo de de la UNCITRAL de diciembre de 1996, adaptando sus disposiciones al sistema jurídico mexicano.

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

A continuación se presenta una exposición breve de lo que comprende esta Reforma Legislativa:

Código Civil

- Se reconoce que el consentimiento como requisito para la formación del contrato, puede otorgarse válidamente a través de medios electrónicos.
- Se reconoce validez de la oferta, así como la aceptación o rechazo de un acto jurídico realizado a través de medios electrónicos.
- El requisito de la forma escrita y de la firma autógrafa, se tienen por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos.
- Se reconoce la posibilidad de que cuando un acto jurídico deba otorgarse ante Fedatario Público, el mismo podrá transmitirse electrónicamente para que cuente con fe pública.
- Reconoce validez y plenos efectos jurídicos a los actos y contratos civiles realizados electrónicamente.

Código Federal de Procedimientos Civiles

- Se reconoce como prueba en todas las controversias judiciales, la información generada o comunicada a través de medios electrónicos.
- Producen efectos probatorios las transacciones realizadas electrónicamente, como si hubieren sido realizadas en los medios tradicionales de papel y tinta.

Código de Comercio

- Se establece que en los actos mercantiles podrán emplearse medios electrónicos.
- Se introduce la definición del Mensaje de Datos basado en la Ley Modelo de UNCITRAL, el cual consiste en la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.
- Se introduce una importante reforma relacionada con la obligación de los comerciantes de conservar por un plazo de 10 años, los originales de los documentos relacionados con su actividad mercantil, estableciéndose la posibilidad de realizar el archivo correspondiente en forma electrónica. A este respecto, se estableció que el archivo y conservación electrónica de la documentación mercantil, requeriría del cumplimiento de determinados estándares técnicos, para asegurar su confiabilidad. Estos estándares técnicos deberán ser elaborados por la Secretaría de Economía.
- Se crea un título segundo, dentro del libro segundo para regular al comercio electrónico, en el cual se establece que:
 - Se reconoce la validez de los contratos mercantiles que se celebren a través de un Mensaje de Datos, precisándose que quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta. Cuando se requiera acuse de recibo, el contrato surtirá sus efectos sólo cuando se haya recibido el mismo.
 - Se establecen reglas para presumir los momentos en que el Mensaje de Datos ha sido enviado por el emisor y la correspondiente recepción por parte del destinatario.

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

- Cuando la ley exija la forma escrita y la firma de los documentos relativos, esos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de los Mensajes de Datos.

Referente a la materia procesal mercantil, la reforma legislativa también establece que:

- Son admisibles como medios de prueba los Mensajes de Datos.
- Para valorar la fuerza probatoria de los Mensajes de Datos, se requerirá el acreditamiento de que sean atribuibles a las personas obligadas y sean accesibles para su ulterior consulta, así como la fiabilidad del método que se haya utilizado para generar, archivar o comunicar el contenido del Mensaje de Datos.

Ley Federal de Protección al Consumidor

- Se establecen reglas para evitar prácticas comerciales engañosas. Se deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que se ofrezcan. El consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales, así como la forma de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.
- El proveedor cuidará las prácticas de mercadotecnia dirigidas a la población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, incorporando mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

- El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial, salvo autorización expresa del mismo.
- El proveedor utilizará los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad e informará al consumidor previamente a la celebración de la transacción al respecto.
- Otro aspecto requerido para dotar al Comercio Electrónico de seguridad jurídica, es indudablemente la protección legal de la propiedad intelectual en el mundo de Internet.

Además de las legislaciones descritas anteriormente, existen en México varias normas que contemplan alusiones al presente tema, aunque no muy desarrolladas, pero sentando bases. Entre ellas, podemos encontrar:

6.1.2 PUBLICIDAD EN INTERNET

Aparte de las reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor, comentada en el apartado que antecede, igualmente se introdujeron reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de publicidad, la cual es obligatoria tanto para las agencias de publicidad como para los anunciantes, en relación a sus campañas publicitarias o anuncios en general.

Este nuevo Reglamento tiene por objeto extender la aplicación de sus disposiciones al campo electrónico, informático, de telecomunicaciones o mediante la utilización de cualesquiera otras tecnologías. Así pues, existe ahora una reglamentación que protege a la población y a los consumidores en general, respecto de todo

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

producto o servicio que tenga que ver con la salud incluyendo productos alimenticios, bebidas alcohólicas, tabaco y todo tipo de medicamentos, equipos médicos y demás servicios relacionados.

6.1.3 PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Al reformarse la Ley Federal del Derecho de Autor en 1996, se contempló la protección de las creaciones autorales, incluyendo la utilización por medios electrónicos que permitan su percepción, reproducción y otra forma de comunicación.

En este mismo sentido, cuando la ley se refiere a la publicación y reproducción de las obras autorales, se hace referencia expresa a su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos. Así pues, se puede afirmar que la legislación sobre el derecho de autor protege a los autores, así como la explotación comercial de sus obras, cuando éstas sean reproducidas o difundidas por cualquier medio, incluyendo su transmisión por vía electrónica como en el Internet.

En la ley mexicana sobre la propiedad industrial, no existen literalmente la protección a los titulares de las patentes, marcas, nombres comerciales y de los avisos publicitarios en el mundo de Internet. Sin embargo se puede proteger un nombre de dominio como marca ante el IMPI, aunque la legislación vigente permite abusos por parte de quienes registran a su nombre, nombres comerciales o marcas famosas ante la autoridad de Internet en México.

CAPÍTULO SEXTO “GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO EN MÉXICO”

En mayo de 1999, se introdujeron diversas reformas al Código Penal para sancionar el acceso ilícito a sistemas y equipos de informática y en general la interferencia a las comunicaciones por medio de las cuales se transfieran señales de audio, de video o de datos.

CAPITULO SÉPTIMO

ACCIONES A REALIZAR

7.1.- EL NOTARIO PÚBLICO

Actualmente, la función del notariado existe en casi todos los países europeos, en el África francófona, en el Japón, Rusia y otros países de Asia y América.

El notario público da testimonio de la celebración del documento que contiene el acuerdo de voluntades, como un tercero imparcial frente a las partes, creando un instrumento público con prueba plena y fuerza ejecutiva, oponible erga-omnes. Lo importante es que el notario público es un ser autónomo, independiente, que no debe someterse a ninguna de las partes, ni ocupar puestos públicos o privados, porque debe ser libre para otorgar credibilidad, en virtud de que la fe pública se formaliza por un "magistrado de la paz", cuya imparcialidad y equidad garantiza a las partes seguridad jurídica, con el poder certificador que otorga la ley.

En nuestros días, conforme a la norma jurídica, el notario en México es un profesional del Derecho, que obtiene la patente de notario, después de una amplia preparación, aprobando primeramente el examen de aspirante y sucesivamente resultando triunfador en la correspondiente oposición.

Por ello, se le define como el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y

hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría. Asimismo, el notario, en ocasiones, funge como asesor y consejero jurídico de las partes, y está obligado al secreto profesional.

7.1.1 FUNCIONES

Las nuevas tecnologías de información y comunicación han transformado con su aplicación casi todas las actividades que el ser humano realiza. Visto de esta manera, el Derecho y específicamente la actividad notarial, se insertan paulatinamente en el moderno esquema de sociedad digital, para dar paso a una nueva generación de actividades y procesos sistematizados, cada vez más lejos del papel, elemento fundamental en la certificación de documentos de orden legal.

Como ya mencionamos, en términos simples, el notario es el licenciado en Derecho a quien el Estado concede el poder de dar fe pública y que tiene a su cargo por oficio: recibir, interpretar, redactar y dar forma legal y certeza jurídica a la voluntad de las personas que ante él acuden para otorgar actos jurídicos o para hacer constar hechos jurídicos, mediante su consignación en instrumentos públicos auténticos, es decir, con valor de prueba plena.

El notario cumple una de las más importantes finalidades del Derecho, que es brindar seguridad jurídica, a través del ejercicio de varias funciones, entre las que destacan las siguientes:

- **Asesora.** Ofrece su consejo jurídico a cualquier persona, institución o empresa que lo requiera, dentro

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

de un marco legal de servicio obligatorio institucional a los ciudadanos.

- **Interpreta la voluntad.** Recibe e interpreta la voluntad de las personas que acuden ante él para la obtención de un servicio notarial concreto.
- **Da forma, legaliza y legitima.** Cumple con la formalidad exigida por el Código Civil para ciertos actos jurídicos, es decir, dota de plena validez jurídica, a aquellos actos jurídicos que deben otorgarse de manera obligatoria ante su fe, como la compraventa de inmuebles, el condominio, el testamento, etc, y confiere, además, al documento público que produce la garantía de legalidad absoluta.
- **Tiene fe pública.** Confiere autenticidad y certeza jurídica a ciertos hechos y actos jurídicos, mediante la consignación de ellos en el protocolo, dotándolos así de valor de prueba plena ante las autoridades y la sociedad.
- **Crea documentos auténticos.** Es autor responsable de los instrumentos públicos notariales que circulan con valor de prueba plena ante la comunidad nacional e internacional. Además, conserva los instrumentos originales otorgados y autorizados en el protocolo y expide un primer testimonio auténtico con fuerza ejecutiva a solicitud de los interesados y reproduce ilimitadamente nuevas copias auténticas.

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

- **Auxilia a la Administración Pública y al Poder Judicial.** Actúa como auxiliar de la administración pública local y federal, dando informes y avisos y actúa como un eficiente recaudador de impuestos federales y locales. Además, desempeña la función de auxiliar en la administración de justicia en colaboración del Poder Judicial.
- **Tiene el papel de asesor internacional.** Le permite emitir dictámenes jurídicos y opinar como jurista nacional en el comercio internacional.
- **Puede actuar como mediador, conciliador y árbitro.** En la prevención y solución extrajudicial de controversias, desahogando así la enorme carga pública de atender la demanda de justicia y paz en la sociedad.

Como ya se ha manejado a lo largo de este trabajo, existen múltiples herramientas que deben ser acogidas por los sujetos que intervienen en los distintos flancos del desarrollo del comercio electrónico. Debemos de ir acoplando y actualizando nuestros conocimientos, a fin de apegarlos a la constante evolución informática.

Lo que el notario requiere hoy, es adaptarse a las exigencias y transformaciones del mundo actual e incorporar en su quehacer herramientas como la informática, la criptografía y la telemática.

La comunicación instantánea de textos, gráficos, video y sonido, de lo cual puede echar mano el notario para contar con información

actual, oportuna y de vanguardia en materia jurídica, es indispensable hoy en día para enriquecer su oficio.

Los retos que la Informática plantea al notario son diversos y deben ser analizados con serenidad y prudencia, siempre refiriéndonos a los fines del Derecho y a la razón de ser del notario: la certeza y seguridad jurídica. Debemos recordar que la Informática no es un fin en sí mismo, sino que es una herramienta más para que el hombre se desarrolle y logre su realización íntegra como persona.

7.1.2 EL NOTARIO ANTE EL COMERCIO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Respecto a las transacciones mercantiles de muebles y mercaderías de poco monto, el notario asume una actitud discreta de observador, porque por ahora, la ley no requiere ninguna intervención del notario para la validez de los actos de comercio realizados a través del uso de medios electrónicos.

Con relación a la contratación electrónica, entendida como aquella contratación que se realiza mediante la utilización de medios electrónicos, cuando éstos tienen una incidencia real sobre la formación del consentimiento o sobre la interpretación futura del acuerdo, cabe mencionar que la misma es legalmente posible sólo en materia mercantil, es decir, en compraventas de mercaderías o prestación de ciertos servicios. En materia civil, es decir, en compraventa de inmuebles, testamentos, sucesiones, constitución de sociedades, entre otros, la mayoría de los Códigos Civiles de la República, no han reconocido aún la figura de la contratación electrónica.

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

Por lo pronto, en la mayoría de los estados, no se otorgan contratos por medios electrónicos ante la fe notarial. El gran reto para el notario es no quedar aislado en la materia civil o mercantil que utilice sólo los medios tradicionales, sin aceptar la contratación electrónica. El Notario debe participar activamente en una propuesta que permita la concurrencia de ambos sistemas y sobre todo, que le permita conservar su función legitimadora y ampliarla como agente certificador en la firma digital.

Dada la necesidad social de seguridad jurídica, el papel del notario en la contratación civil y mercantil que requiere ser dotada de la formalidad de la escritura, no debe cambiar, lo que debe modificarse es la manera de autorizar y el uso de nuevas herramientas informáticas que faciliten el trabajo notarial. Para centrar mejor nuestra opinión, partamos de los dos supuestos temporales siguientes:

En la actualidad, no se contempla en la ley el uso de la firma digital en el desempeño de la función pública notarial, razón por la cual, el notario observa cómo se difunde su utilización en otros campos, como es en el Registro Público de Comercio. El notario ante este hecho, debe adelantarse y estudiar la figura criptográfica de la firma digital que ya se ha analizado a lo largo del presente documento, ya que ésta se encuentra en un proceso de difusión y expansión que en breve afectará a la actividad notarial.

En un futuro inmediato, el notario tendrá la posibilidad de autorizar sus documentos mediante el uso concurrente de la firma autógrafa, sello y el uso de la firma digital. Ante ello, la actitud del notario no debe ser indiferente, porque debemos ver la figura como un avance

informático, y apreciar a la firma digital como una nueva herramienta de trabajo.

Se trata de una nueva manera jurídica de expresar su consentimiento como fedatario, suprimiendo por consecuencia, la ancestral manera de expresarlo a través de la firma autógrafa del notario, con los signos gráficos propios emanados de su puño y letra.

Aunque en otros países como en España e Italia, se ha aceptado por el notario la firma digital (Firma Electrónica Avanzada), como una manera de autorización oficial, en México hacen falta todavía acuciosos estudios sobre los riesgos y ventajas que su utilización acarrearía. En este sentido, considero que la introducción de nuevas figuras se justifica en virtud de que conllevan notables ventajas para el usuario, sin comprometer la seguridad jurídica que tradicionalmente ha acompañado la función notarial ejercida con la autorización de instrumentos mediante la firma autógrafa y el sello oficial impreso.

7.1.3 EL NOTARIO ANTE LOS DOCUMENTOS INFORMÁTICOS

El notario culmina sus funciones profesionales con un instrumento público en soporte papel que puede ser:

- *Un testimonio de escritura o de acta;*
- *Una copia certificada y,*
- *Una certificación.*

Hasta este momento, no existe la posibilidad de crear instrumentos públicos notariales únicamente en soporte electrónico, aunque

sabemos que es posible que las partes manifiesten el consentimiento por medios electrónicos y es factible la contratación electrónica en materia mercantil. Al notario por ahora, no le es posible aceptar en su campo profesional estrictamente fedatario, la contratación electrónica y por ende la producción de documentos estrictamente electrónicos.

Cabe hacer mención que la tendencia es ir disminuyendo paulatinamente el uso del papel, pero nunca, o más bien no en el corto ni mediano plazo, se podrá desaparecerlo del todo. Se reducirá su presencia en el tráfico jurídico, pero es demasiado útil como elemento de certificación o prueba. La gente exige comprobación documental porque necesita seguridad y para ello, el papel ha demostrado una gran permanencia y utilidad al respecto, aunque se haya generado a través de los más avanzados medios informáticos.

7.2. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL

En reconocimiento al incremento del número de transacciones internacionales que se ejecutan por medio del comercio electrónico, como ya lo he mencionado, en 1996 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Modelo de Ley del Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas en Derecho Comercial Internacional (*UNCITRAL*).

La decisión de la UNCITRAL para crear una legislación modelo para el comercio electrónico se hizo en respuesta al número de países que tenían una legislación inadecuada o atrasada que regía

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

la comunicación y el almacenaje de información sin contemplar el comercio electrónico.

El Modelo de Ley del Comercio Electrónico dispone en parte que, “donde la ley requiere que la información sea por escrito, ese requisito se cumple por medio de un mensaje de datos si la información contenida en el mismo es accesible para que pueda ser usado para referencia posterior.” Un mensaje de información se define como “información generada, enviada, recibida o almacenada por medio electrónico, óptico o similar, incluyendo de manera enunciativa pero no limitativa, el intercambio de información electrónica (*EDI*), correo electrónico, telegrama, telex o telecopia.”

En lo que respecta a las firmas, cuando la ley exige la firma de una persona, ese requisito se cumple de conformidad con un mensaje de información si:

- (a) Se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar la aprobación de la persona en cuanto a la información contenida en ese mensaje de datos, y
- (b) Ese método es confiable ya que fue apropiado para el propósito para el cual se generó o se comunicó el mensaje de datos, en vista de las circunstancias, incluyendo cualquier convenio de relevancia.

Para los países que son parte en documentos internacionales en los que se prescribe que ciertos documentos u obligaciones contractuales sean por escrito, el Modelo de Ley del Comercio Electrónico tiene un alcance de comunicación neutral, y como una

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

regla de interpretación puede proporcionar los medios para el reconocimiento del comercio electrónico al cumplir esos requisitos, evitando la necesidad de negociar un protocolo para dichos documentos.

Muchas transacciones internacionales requieren la seguridad de que los documentos legales que sean celebrados en un país, tengan validez legal en las jurisdicciones extranjeras y no sean rechazados por las autoridades legales extranjeras correspondientes. Tradicionalmente en países como Estados Unidos, un fiscal podría revisar una transacción y emitir una carta de opinión describiendo cómo dicha transacción cumple con las leyes nacionales y extranjeras correspondientes. Esto además de significar un alto costo para el cliente, puede ser inaceptable para las autoridades extranjeras porque el abogado que actúa a nombre del cliente fuera de la jurisdicción extranjera, puede ser percibido como la parte interesada.

Con el crecimiento del comercio electrónico alrededor del mundo, los impedimentos del comercio internacional tienden a empeorar. El crecimiento del comercio electrónico internacional dependerá de la seguridad del contenido de las transmisiones entre las partes, y de la confianza en que la validez legal de estas transmisiones será reconocida tanto en la jurisdicción nacional como en la extranjera. En la actualidad, no existe tal seguridad tecnológica y legal.

7.2.1 EL CIBERNOTARIO

A fin de promover la creación de estándares internacionales de legalización de documentos electrónicos, se ha venido ideando la

creación de la figura del Ciber-notario, un nuevo puesto cuasi público. El Ciber-notario sería un notario, tal y como lo conocemos, con un nivel muy alto de confianza y responsabilidad para dar fe de la validez del código utilizado para verificar la identidad del autor de un documento.

El Ciber-notario estará calificado en firmas digitales y tecnología de seguridad de información para poder certificar de forma electrónica y legalizar los elementos de las transacciones electrónicas requeridas para la validez legal, bajo las leyes de Estados Unidos y extranjeras.

7.2.1.1 ACTIVIDADES Y CARACTERÍSTICAS DEL CIBER-NOTARIO.

Según Theodore Barassi,¹ el Ciber-notario podrá dar fe digitalmente de la firma digital del autor de un mensaje electrónico. Será capaz de certificar y legalizar de forma electrónica el contenido de un mensaje electrónico, la fecha y hora en que fue notariado, así como un protocolo para propósitos de archivo. El Ciber-notario estará involucrado en un amplio rango de actividades, proporcionando diferentes niveles de seguridad desde tan sólo dar fe de firmas digitales hasta certificar y legalizar todos los elementos de una transacción comercial electrónica.

Cuando una firma digital está certificada por una autoridad que otorgue la certificación ésta puede considerarse auténtica y confiable. El Ciber-notario será el responsable de la solicitud y el proceso de registro con una autoridad certificadora para un código

¹ <http://www.biercekenerson.com/Articles/E-Contracts.htm>

de acceso al público certificado. Este código es una parte de un par clave, la otra parte es la clave secreta del autor, generada en el proceso criptográfico de un código de acceso público para firmas digitales. El proceso criptográfico, que ya hemos analizado previamente, juega un papel predominante en el desarrollo del comercio electrónico.

7.2.1.2 CERTIFICACIÓN Y LEGALIZACIÓN POR MEDIO DEL CIBER-NOTARIO.

La legalización sería más extensa a través del Ciber-notario. En la actualidad los notarios en Estados Unidos de América, no tienen facultades para dar fe, sin embargo es muy común que los notarios fuera de los Estados Unidos lo hagan. La legalización es la verificación a través de un notario de que los términos y la ejecución de un documento cumplen de conformidad con las leyes bajo las cuales dicho documento se celebra, y por lo tanto tiene un efecto legal completo. Por ejemplo, de acuerdo con Theodore Barassi, cuando se suscribe un poder electrónico y se firma digitalmente ante un Ciber-notario, éste podría emitir un mensaje de legalización para que se anexe al poder electrónico validando su contenido legal, la firma digital utilizada para firmarlo, la identidad, capacidad y autoridad del firmante para ejecutarlo, y el certificado público para calificar el código de acceso firmante.

La legalización y certificación de las transacciones puede ser el valor más grande del Ciber-notario debido al requisito de legalización de varias transacciones dentro de las jurisdicciones extranjeras, como se señaló anteriormente. Los ejemplos de dichas transacciones son los poderes, contratos de embarque marítimos,

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

transferencias de acciones sociales, transferencias de bienes, testamentos, fideicomisos y letras de intercambio, entre otros. El papel del Ciber-notario podría ser de gran importancia para legalizar las transacciones electrónicas internacionales, proporcionaría la seguridad de que las transacciones que éste procese cumplen con las formalidades legales y de procedimiento en ambas jurisdicciones legales tanto civil como común.

El especialista propuesto deberá estar altamente calificado en información de tecnología de seguridad, habilitándolo para certificar y legalizar electrónicamente todos los elementos de una transacción comercial electrónica que son cruciales para su validez legal, principalmente bajo las leyes de los Estados Unidos de América y extranjeras.

Al usar firmas digitales, el Ciber-notario podrá certificar la identidad del autor de un mensaje comercial (por lo tanto establecerá el no rechazo del mensaje por el autor), mientras que también puede proporcionar un muy alto nivel de garantía en cuanto a los términos contenidos en ese mensaje, junto con la fecha y hora del “acto notarial”, y su protocolización para efectos de archivo.

Estas funciones son cruciales para el éxito del comercio electrónico en redes abiertas, donde la identidad, capacidad y autoridad para actuar no pueden establecerse por los medios tradicionales. Como un funcionario de seguridad en el comercio electrónico que combina la experiencia legal y técnica, el Ciber-notario podrá ser competente para involucrarse en intervenciones de transacciones en una escala muy positiva.

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

La certificación básica y las funciones de legalización del Ciber-notario pueden aplicarse a casi cualquier transacción que requiere de la intervención de un tercero confiable, por lo tanto, la práctica Ciber-notarial en una infraestructura de código de acceso al público comprenderá las actividades que van desde credenciales del usuario para el registro de contraseñas al público sobre la base de las cuales se podrá emitir un certificado, hasta la certificación de identidad, capacidad, y autoridad de los usuarios para efectos de transacciones individuales, así como la autenticidad de la legalidad y requisitos de forma de estas transacciones.

Debido a que el Ciber-notario estará involucrado en un amplio rango de actividades, puede ser útil visualizar el alcance de su práctica como aquella en la que él proporcione varios niveles de seguridad de transacciones, desde únicamente dar fe de actos celebrados ante él, hasta la autenticidad de todos los elementos legales de dichos actos. Dado su alto nivel de capacidad, en relación con las fianzas y la mala práctica de los seguros, el Ciber-notario puede agregar un valor de gran significado para muchas de las transacciones en las que participa. Este valor agregado será muy útil para las transacciones que requieren una seguridad rigurosa para su exigibilidad tanto nacional como internacional.

El Ciber-notario tendrá una función dual en un ambiente electrónico basado en el uso de contraseñas para el público. La más básica de éstas estará en su capacidad para llevar una investigación de seguridad entre los usuarios que desean registrar sus contraseñas para su uso en el comercio electrónico, ya que los lineamientos de

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

las políticas para los procedimientos de registro serán dictados por las autoridades certificadoras que confían en la labor del Ciber-notario; los pasos que lleva a cabo el profesional para registrar al usuario serán variados de acuerdo con el nivel de certificación que la autoridad certificadora desee proporcionar.

Para una certificación de valor bajo, el Ciber-notario tan sólo requerirá establecer la identidad del usuario y limitar esa identidad al código de acceso al público. Para una certificación de muy alto valor, el profesional tendrá que llevar a cabo una investigación extensa del usuario, incluyendo su historial crediticio, valor de activos, antecedentes penales, etc., antes de emitir y certificar un código de acceso al público. Sobre la base de esta capacidad los Ciber-notarios podrían funcionar como un medio de acceso de seguridad para los usuarios de las vías comerciales electrónicas.

La segunda función electrónica del Ciber-notario sería la extensión de las transacciones legales comerciales internacionales y privadas. En esta capacidad, el profesional proporcionará una certificación y legalización de la transacción independiente de cualquier proceso relacionado con credenciales en las cuales las partes de la transacción podrán estar involucradas previamente en la adquisición de sus claves públicas. El papel del Ciber-notario en la certificación y legalización de transacciones será el de establecer los elementos básicos de la habilidad del usuario para llevar a cabo una transacción legal, incluyendo identidad legal, capacidad y autoridad, así como un procedimiento adecuado de investigación dentro de la propia transacción. Esta indagatoria establecería que la transacción es legalmente ejecutable, incluyendo la conformidad de

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

los requisitos de procedimiento y contenido de la jurisdicción ejecutante. Como una consideración práctica, puede ser de utilidad señalar las diferentes transacciones en las cuales un Ciber-notario podrá intervenir y definir qué nivel de seguridad proporcionarán dichas intervenciones para el comercio electrónico en general.

Registro de Códigos de Acceso

El papel del Ciber-notario como autoridad de registro entre aquéllos cuya autoridad certificadora emitirá los certificados, no puede estar dentro del alcance de su práctica legal. Sin embargo, debido al hecho de que se prevé que posea un alto nivel de experiencia tanto en leyes como en seguridad de información, será un profesional adecuado para llevar a cabo esta función. Aunque el procedimiento de registro puede cambiar de acuerdo a las políticas de la autoridad certificadora, existe un modelo de registro básico que puede ilustrarse para dar un aspecto del papel del profesional en el registro del código de acceso al público y el proceso de certificación.

En este modelo de registro básico un usuario que desea poseer un código de acceso al público certificado aparece físicamente ante el Ciber-notario y solicita un registro para el código de acceso al público, a fin de que pueda emitirse un certificado fortalezca ese código de acceso al público. Esta solicitud puede realizarse ya sea en papel o de forma electrónica. Dependiendo del tipo de certificado deseado para el código de acceso al público, el solicitante tendrá que proporcionar información personal acerca de su identidad, incluyendo su nombre legal y su dirección, y posiblemente otros

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

datos específicos que ayudarían a establecer no sólo su identidad, sino su autoridad, situación financiera, etc.

Para mostrar su conformidad con los lineamientos de las políticas de la autoridad certificadora, el Ciber-notario registrará apropiadamente al usuario, emitirá (o mejor dicho ratificará) un código de acceso al público y enviará este código, firmado con la firma digital del Ciber-notario, a la autoridad certificadora. Esta autoridad certificadora emitirá un certificado aceptando la función del Ciber-notario, proporcionándole así al usuario un código de acceso al público certificado y registrado para obligarlo a cualquier transacción en la cual el par clave se use para firmar. El Ciber-notario guardará toda la información del usuario utilizada para registrar al usuario en un archivo confidencial por unos años. Si se considera que este proceso ha creado una relación cliente-fiscal con el usuario, el Ciber-notario estaría obligado a guardar confidencialidad al usuario no divulgando a terceros la información utilizada para establecer la buena fe del usuario para la emisión del certificado. De forma similar, si la autoridad certificadora confía en la labor del profesional para emitir un certificado de alto valor, el Ciber-notario podrá estar en una posición de fiscal-cliente cara a cara con la autoridad certificadora. El profesional necesitará estar afianzado y asegurado contra la falta de ética en este proceso.

La forma en la cual un Ciber-notario, o cualquier otra entidad de registro, puede registrar a los usuarios de códigos de acceso al público para su uso en el comercio electrónico puede variar de la descrita anteriormente. De hecho, el proceso descrito representa aquél en el cual el papel del notario está incrementado más allá de

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

lo necesario para muchas transacciones. De acuerdo con esto, el Ciber-notario solamente puede estar involucrado en el proceso de inicio del registro, donde establece que el solicitante es quien dice ser y de hecho posee un código de acceso al público que dice poseer. El resto de la transacción podría ser esencialmente un proceso llevado a cabo por la autoridad certificadora en la comunicación directa con el usuario. De forma alternativa, la autoridad certificadora puede no requerir la intervención de un tercero de confianza como un Ciber-notario y, en cambio, confiar en un agente de registro no independiente.

Según el nivel de certificación que el usuario desee, el Ciber-notario es un funcionario de registro útil por muchas razones. Para los usuarios que deseen establecer sus credenciales sin tener que divulgar gran parte de su información financiera y personal a una entidad certificadora, el Ciber-notario puede ser un medio de confidencialidad al mismo tiempo que mantiene un procedimiento de registro riguroso y garantiza que la autoridad certificadora pueda confiar en él. Esto es muy útil, por ejemplo, cuando la entidad certificadora está principalmente interesada en el hecho de que el Ciber-notario ha realizado una indagatoria adecuada del procedimiento sobre las credenciales del usuario, y no tiene ningún derecho o interés en la información que proporciona el usuario (por ejemplo, si la autoridad que certifica es una asociación notarial interesada en facilitar las transacciones legales internacionales donde es necesaria la certificación cruzada por una asociación extranjera, o una agencia gubernamental está interesada en establecer las credenciales básicas del usuario para efectos legales

federales o locales sin tener que conocer muchos datos personales).

7.3 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DERIVADOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Desde el nacimiento de Internet, el mundo ha sido testigo de un constante proceso de globalización en donde la comunicación y la transmisión de datos resultan actividades cotidianas que parecen no encontrar obstáculos ni barreras fronterizas. La facilidad de acceso a la red y el aumento en el número de usuarios de todo el mundo, ha configurado, y de ello no quepa duda, una sociedad virtual denominada "ciberespacio".

A través de la red, individuos de cualquier parte del mundo se envían mensajes entre sí a través del correo electrónico, actividad que asemeja nuestros servicios postales. Otros divulgan sus investigaciones y creaciones intelectuales permitiendo el libre acceso a esta información y prescindiendo de los soportes tradicionales (tales como el papel, diskettes, etc.), constituyéndose una especie de "biblioteca virtual". Algunos ofrecen en venta una variedad de productos y servicios en donde el usuario podrá elegir aquél que mejor le convenga; tal función representa la creación de mercados o tiendas virtuales.

Entonces, cada actividad desarrollada en nuestra sociedad real, tiene su reflejo en esta nueva "sociedad virtual". Por ello, no debe resultar extraño la existencia de conflictos entre los usuarios de la red, “el conflicto es parte de la vida en comunidad. No es un concepto objetivo sino, más bien, subjetivo: en general, el conflicto

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

es aquello que los individuos perciben como tal. Los conflictos surgen en situaciones de la vida diaria y demuestran lo que las personas consideran importante y relevante para ellas. Se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos" ²

Al existir individuos distintos con diversas necesidades y valores, resulta indudable que dentro de la red algunos usuarios percibirán situaciones conflictivas. Tales dilemas no debieran quedar en el vacío, por el contrario, el ciberespacio debe brindar a sus usuarios un contexto de seguridad en el uso de la propia red. Crear mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de los cuales se puedan canalizar estas situaciones conflictivas resulta beneficioso para los usuarios y la confianza de éstos en el uso de las nuevas tecnologías.

Internet, a pesar de ser una red mundial, se ha constituido en un "espacio" sin límites fronterizos. Ningún estado se ha atribuido (o por lo menos aún no ha pretendido hacerlo) una jurisdicción única sobre el ciberespacio. Entonces, ante la presencia de un conflicto ocurrido en la red y la búsqueda de una solución de estos altercados, resulta evidente que el sistema óptimo a aplicar, no podría ser un procedimiento judicial, ya que todo Poder Judicial es parte de la estructura de un Estado y sus procesos obedecen a normas y legislaciones nacionales; lo más aconsejable entonces

² CAIVANO, Roque J., Negociación, Conciliación y Arbitraje. Lima, Perú, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación - APENAC, 1998, p. 73

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

sería buscar alternativas extrajudiciales para la resolución de los conflictos.

La utilización de la judicatura como órgano de resolución de conflictos en Internet, conllevaría a un intento por parte de los Estados, de atribuirse jurisdicción sobre áreas del ciberespacio para así hacer prevalecer su sistema normativo.

Debemos considerar también que el sistema de resolución de conflictos del Poder Judicial responde a un sistema adversarial que enfrenta a los individuos eligiendo entre ellos un ganador y un perdedor. La sentencia emanada, que muchas veces reduce el caso a un problema monetario, no busca la satisfacción de los intereses reales de las partes. Es decir, resuelve el litigio mas no el conflicto. En todo caso, tal situación no resultaría beneficiosa para la comunidad del ciberespacio, en donde actualmente los usuarios respetan "costumbres" y normas éticas.

La solución de controversias, entonces, tendría que canalizarse a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC). Es decir, la aplicación de los mecanismos primarios: negociación, mediación, conciliación y arbitraje, o en todo caso, el uso de mecanismos secundarios que no son sino el resultado de la combinación de los mecanismos primarios (por ejemplo, negociación y conciliación o conciliación y arbitraje).

Estos medios alternativos de resolución de conflictos, guardan una lógica distinta a la establecida por el proceso judicial, pues responden a un sistema no adversarial que valora el contexto en el

que ha surgido el conflicto. La importancia está puesta en las verdaderas necesidades y expectativas de las partes.

7.3.1 MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Al sugerir la creación de un canal de solución de controversias ocurridas en el ciberespacio, se propone la figura de un tercero que ayude a una mejor comunicación de las partes en conflicto. Este tercero, incluso, debiera sugerir a las partes probables soluciones a su disputa, remedios que surgirían del propio desarrollo del caso.

Por tanto, la negociación no podría ser el mecanismo utilizado, ya que resulta ser una "forma de interrelación o medio de resolución de conflictos entre las partes con el fin de llegar a un acuerdo o solución a un conflicto".³ Aquí es suficiente la actuación de las propias partes y no se requiere la intervención de un tercero.

La mediación, sin embargo, a pesar de ser un "medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero"⁴, no permite a este último presentar propuestas de solución al conflicto. Este tercero no sería sino en Internet, un observador de las comunicaciones entre las partes.

Por otro lado, otra figura como la de la conciliación, se presenta como un "medio de solución consensual similar a la mediación,

³ CHOQUE ORMACHEA, Iván, Manual de Conciliación. Lima, Perú, Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación - IPRECOM, 1999, p. 45.

⁴ Idem

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

aunque el rol del tercero es más activo en tanto que éste puede proponer soluciones”.⁵

Esta figura permite la intervención de un tercero neutral cuyo papel no sería el de espectador, sino el de un sujeto activo del proceso que recopilará la información obtenida por las propias partes y sugerirá soluciones concretas al conflicto. Las partes no están obligadas a acatar las decisiones sugeridas.

La conciliación, mediante la intervención del tercero, buscará crear un ambiente de cooperación y confianza mutua entre las partes. La solución nacería de la justa razón e intereses de las partes en conflicto. Dichas soluciones adquirirían entonces las características de ser legales, equitativas y durables.

Sin embargo, es claro que no en todas las conciliaciones las partes arribarán a un acuerdo, por lo tanto, el ciberespacio requiere de otro canal de solución de conflictos. A nuestro parecer, frustrada la conciliación, las partes accederán someterse a un arbitraje. A diferencia de la negociación o la conciliación, en el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio.

El rol del árbitro es similar al del juez; las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. No obstante sus similitudes, el arbitraje mantiene con el sistema judicial una diferencia sustancial: la decisión que pone fin al

⁵ Ibidem, p. 48.

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes, utilizando un procedimiento, también disponible, pensado para resolver el conflicto con la menor cantidad de interferencias formales.⁶

Interesante sería que dicho arbitraje sea un arbitraje de conciencia, en donde el árbitro resolviera según su leal saber y entender, para así evitar el uso de sistemas normativos y conflicto de leyes. Sin embargo, de ser el caso, se aplicarían normas legales, debiendo el laudo fundamentar el uso de un determinado sistema jurídico (ya sea porque éste fue escogido por las partes o porque el árbitro lo estimó conveniente). En todo caso, en el arbitraje las partes "eligen", lo que no ocurriría en un proceso judicial.

Como se desprende de lo anterior, uno de los pilares fundamentales para el adecuado funcionamiento de la “sociedad de la información” lo constituye, precisamente, la existencia de este tipo de métodos de solución de litigios “on line”, principalmente en materia de comercio electrónico, lo que no impide que previo acuerdo de las partes, se pueda poner fin a otro tipo de conflictos.

La solución de controversias en línea, conocida en inglés como “on line” Dispute Resolution, a través de métodos de negociación, de mediación y de arbitraje, ha tenido un desarrollo significativo en los últimos años, motivado especialmente por las enormes ventajas que, como ya señalé, presenta frente al mecanismo tradicional de solución de conflictos, teniendo principalmente en consideración su facilidad de acceso, lo amigable del procedimiento, la rapidez de las

⁶ CAIVANO, Roque J., Negociación, Conciliación y Arbitraje, op. cit., p. 232.

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

resoluciones, la facilidad del almacenamiento de la información y su bajo costo.

Los servicios de negociación “on line”, admiten dos versiones, esto es, la “negociación automatizada” y la “negociación asistida”; además, como ya se ha dicho, también existe la “mediación”, la cual únicamente señalaremos para su conocimiento, sin omitir claro está, que el arbitraje que realmente ha sido exitoso “on line” ha sido precisamente el que se denomina “arbitraje no vinculante” o “non-binding arbitration”.

Atendida la importancia que ha ido tomando en los últimos años la solución de controversias “on line”, debemos referirnos a la necesidad de colocar dentro de un marco legal las normas necesarias que regulen el arbitraje “on line”, para formar un solo criterio que pueda ser defendido y recurrido por las partes, haciendo valer en un momento dado la reclamación de sus derechos, o la expresión de sus agravios, ante órganos que se rijan por principios que garanticen la imparcialidad, independencia, seguridad, eficacia, publicidad, transparencia, libertad y audiencia de las partes.

A estos principios rectores del arbitraje “on line” o también llamados justicia de “cyber-tribunales”, podemos agregar el principio de inmediatez, el cual debe ser visto de manera especial, ante el principio procesal de la doctrina clásica, ya que mientras en ésta se entiende como la apreciación directa e inmediata del juzgador con las partes, terceros y medios de prueba que se incorporan al proceso, esto es, la apreciación física directa e inmediata de los sentidos del juzgador, con aquellos elementos, en aquélla debemos

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

entenderlo como la conexión en línea de las partes, con un tercero que hace las funciones de árbitro, el cual se vale de todos los medios electrónicos que están a su alcance para impartir justicia, como si se tratara del desarrollo y desahogo de los medios de prueba con que cuenta el procedimiento clásico.

A mi entender, en este tipo de procedimientos, incluso se refuerza el principio de inmediatez, ya que mientras en el procedimiento clásico la apreciación, percepción, evocación y recuerdo de todos los detalles del proceso quedan gravados en la mente del juzgador, por un tiempo incierto, en aquél quedan gravados de manera permanente en un dispositivo electrónico, sin verse afectados, (como sí sucede en el proceso clásico), por el devenir del tiempo, como es lógico, ya que debemos recordar que el juzgador se percata de los sucesos a través de sus sentidos, cuyos recuerdos se van desvaneciendo en cuanto a su fidelidad con el paso del tiempo, mientras que en los medios electrónicos, se guardan y almacenan de manera permanente en el procesador, e incluso en dispositivos diferentes al soporte papel, como pueden ser discos compactos, discos flexibles, usb, etc.

Ahora bien, para que los cyber-tribunales o arbitraje “on-line” cumplan con su objetivo de manera clara, es necesario determinar la ley aplicable para el caso de controversia, así como el lugar de su tramitación, tal y como lo dispone la Ley del UNCITRAL, en su artículo 20.

Por otra parte, la misma Ley del UNCITRAL resuelve la problemática de la formalidad que debe revestir el procedimiento

“on line”, en sus artículos 6 y 7, mismos que han dado sustento al artículo 210-A de nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por lo tanto, para que se perfeccione el principio de inmediatez, será necesario apearse a los lineamientos de seguridad, confidencialidad, integridad y firma electrónica, que contempla la referida Ley del UNCITRAL, para que de manera funcional, puedan equipararse al principio de inmediatez conocido en la doctrina clásica.

7.3.2 ENTIDADES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CIBERESPACIO

Actualmente encontramos como una de las más conocidas a las siguientes instituciones:

1. ARBITEC⁷

ARBITEC es una Asociación Española de Arbitraje Tecnológico, constituida en mayo de 1989. Tiene como principal función el ser una vía alternativa para la resolución de conflictos relacionados con los productos o servicios ofrecidos por las nuevas tecnologías de la información. ARBITEC, en 1997, se constituyó como la primera institución española que recibía solicitudes de arbitraje a través de Internet. Utiliza las nuevas tecnologías en todas las fases del proceso arbitral, salvo que sea necesario la presencia real de las partes.

⁷ <http://www.onnet.es/arbitec>

2. ERESOLUTION.⁸

ERESOLUTION es una institución que se encarga de resolver conflictos en línea; para ello, cuenta con una red de árbitros y mediadores a nivel internacional. Tiene como meta proveer una adecuada solución para los consumidores y empresas que utilizan Internet. El proceso aplicado no sólo es rápido y permite la disminución de costos, sino que genera en los usuarios una confianza en el desarrollo del comercio electrónico. Asimismo, contempla también la resolución de conflictos referidos a la aplicación de nombres de dominio.

7.4 EL CIBERTRIBUNAL PERUANO COMO ORGANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El Cibertribunal Peruano es un órgano de resolución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje. Pretende, entonces, ser un órgano de prevención y resolución de conflictos para los países de habla hispana.

De acuerdo a sus normas, el Cibertribunal es competente para resolver todas aquellas materias relacionadas con el comercio electrónico, contratación electrónica, contratos informáticos, propiedad intelectual, propiedad industrial, derechos de autor, conflictos entre nombres de dominio y actos de competencia desleal en la red, teletrabajo, publicidad y marketing en Internet, protección del consumidor, protección de la intimidad, responsabilidad civil, entre otros.

⁸ <http://www.eresolution.com>

CAPÍTULO SÉPTIMO “ACCIONES A REALIZAR”

Es decir, todos aquellos temas vinculados a la informática por el uso de redes y nuevas tecnologías, en los que a petición de parte (sin importar su nacionalidad) se solicite su intervención.

A) ¿Cómo se realiza una conciliación y/o arbitraje en el Cibertribunal?

Presentada la solicitud de conciliación y/o arbitraje, el Cibertribunal Peruano opera como un ente conciliador entre las partes. De no arribar a un acuerdo conciliatorio (o de llegarse a un acuerdo conciliatorio parcial), actúa en un segundo nivel como un Tribunal Arbitral.

La comunicación entre los representantes del Cibertribunal se desarrolla mediante correo electrónico. Las sesiones de conciliación y las audiencias de arbitraje se realizan utilizando en algunos casos el correo electrónico y en otros se aplicarán sesiones de chat y de video conferencia entre las partes en conflicto y el Tribunal, así como entre los Vocales del Tribunal. Se usan sistemas de encriptación que aseguran la confidencialidad de las comunicaciones.

Si la solicitud de conciliación o arbitraje es presentada por una sola parte, se publica en la página web (<http://cibertribunalperuano.org>) del Cibertribunal una reseña de la solicitud o demanda para alentar la respuesta de la contraparte. Finalizado el caso, se publica también en la página web una síntesis de la resolución únicamente con el fin de crear precedente.

B) Beneficios que representa acudir al Cibertribunal.

Evidentemente, la resolución de un conflicto no debería tomar más tiempo de lo que toma una conciliación o un arbitraje comercial. Además, en el ciberespacio los costos se reducen y los tiempos de respuesta resultan más rápidos.

Dado que las solicitudes de conciliación y/o arbitraje son presentadas en formularios ubicados en el sitio web que se encuentra permanentemente en línea, el Cibertribunal atiende las 24 horas del día, (lo que incluye la atención durante los días domingos y feriados).

La página web constituye el domicilio virtual del Cibertribunal Peruano.

Gracias a la presencia de organismos independientes que proponen la resolución de conflictos mediante estos mecanismos de conciliación y arbitraje, las partes pueden evitar las tediosas discusiones y problemas que aparecen al tratar de determinar la ley aplicable y sobre todo, el juez competente.

CONCLUSIONES

1. La figura del comerciante surge cuando los individuos empiezan a desarrollar una actividad de trueque de bienes de una clase, por el cambio de otros distintos. Así, la primer manifestación del hombre como comerciante se da al momento en el que éste empieza a tener relaciones de permuta de bienes con sus semejantes.
2. En tal sentido, para nuestra legislación se reputan comerciantes, las personas tanto físicas como las jurídico colectivas, que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria con fines lucrativos.
3. El derecho mercantil es el sistema normativo tanto interno como internacional, altamente evolutivo en función de las exigencias de la economía global y futura, que tiende a regular las relaciones tanto en lo particular como en masa, de aquéllas personas físicas y jurídico colectivas, nacionales o extranjeras, que hacen de él su ocupación cotidiana y de aquéllas que sin ser comerciantes, realizan alguna operación de esta índole, así como de aquellos actos propiamente

CONCLUSIONES

- comerciales que establezca la ley y los usos comerciales en cada caso.
4. En México, el contenido del derecho mercantil está constituido no sólo por el conjunto de normas reguladoras de los actos de comercio y de los comerciantes, sino también por la regulación de todo acto que tenga una naturaleza mercantil.
 5. El Código de Comercio vigente no contiene ninguna definición de lo que se podría considerar como acto de comercio; este ordenamiento más bien se limita a hacer una relación casuística de los diversos actos considerados con tales características. Por tanto, para poder obtener un concepto genérico de lo que es acto de comercio, tendríamos que atender primero a las características de cada uno de ellos y situarlos dentro de los criterios subjetivos y objetivos que comprende nuestra legislación mercantil.
 6. Desde el punto de vista objetivo, los actos de comercio son aquéllos que atienden a sus características sin importar la calidad de los sujetos que los realizan. Por otra parte, el criterio subjetivo se basa en la calidad de los sujetos que intervienen en la relación o solamente la calidad de

CONCLUSIONES

comerciante que se le da a uno de ellos, sin importar la naturaleza del acto e incluso, son actos no declarados comerciales por la ley mercantil, pero realizados por comerciantes en el ejercicio de su actividad mercantil.

7. Acto de comercio es aquél regulado por las leyes mercantiles y juzgado por los tribunales con arreglo a ellas o los que ejecutan directamente los comerciantes.
8. La principal diferencia que existe entre los contratos de compraventa civil con los de naturaleza mercantil, radica en el hecho de que estos últimos se constituyen como tales cuando existe una actividad de intermediación en el cambio.
9. En cuanto a la forma del contrato de compraventa mercantil, ésta será totalmente consensual, ya que el propio Código de Comercio en su artículo 78 no establece el requisito de una formalidad estricta.
10. Actualmente la riqueza de los países es constituida por la sistematización de la información o la informática, la cual empieza a tener valor económico y tener grandes consecuencias sobre las comunicaciones, el trabajo y la vida diaria en general.

CONCLUSIONES

11. La Informática es el conjunto de conocimientos científicos y de técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. La informática combina los conocimientos técnico - prácticos de la ingeniería, electrónica, teoría de la información, matemáticas, lógica y comportamiento humano, engarzada con la ciencia a la cual se aplicará, como por ejemplo el derecho.
12. El Derecho Informático es una rama de las ciencias jurídicas que comprende dos vertientes fundamentales: la informática jurídica como instrumento y el derecho a la informática como objeto de su estudio.
13. La Informática Jurídica es en sentido general, el conjunto de aplicaciones de la informática en el ámbito del derecho.
14. Por su parte, el Derecho de la Informática está conformado por el conjunto de normas de los sistemas jurídicos contemporáneos, dirigidas a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.
15. Uno de los aspectos más relevantes de la informática es la aparición de la Internet, la cual permite acceder a través de una computadora a sitios remotos. Asimismo, permite relacionarse con personas cuya lejanía espacial es

CONCLUSIONES

reemplazada por una cercanía virtual; de esta manera, es posible tener una amplia gama de intercambio de ideas, documentación e información con personas distantes.

16. El origen de Internet data de 1957, pero no es sino hasta 1993 que los negocios y los medios de comunicación, (sobre todo en los Estados Unidos) empiezan a prestarle atención, popularizándose y comercializándose con rapidez tras su privatización.

17. El desarrollo y gran auge de la Internet se debe en gran medida al fenómeno económico - social de la Globalización. Este fenómeno puede entenderse como un proceso de búsqueda del desarrollo económico y social dentro de un ambiente mundial, con el propósito de crear un mercado común en el que circulen libremente los mercados de capitales comerciales, productivos y financieros, eliminando todas las barreras que los diferentes países ponen a la entrada de estos capitales provenientes del extranjero.

18. El comercio juega un papel sumamente importante en este actual fenómeno; poco a poco hemos sido testigos de cómo las fronteras humanas han ido desapareciendo; los pueblos

CONCLUSIONES

que antes se encontraban separados, hoy se han convertido en una comunidad global que trata de agrupar a pueblos de otras latitudes de la Tierra en una sola región comercial; los Tratados Internacionales en materia de comercio se dan cada vez más, hasta con aquellos países que podríamos considerar de poco desarrollo. Como resultado de lo anterior tenemos al comercio electrónico.

19. El principal ordenamiento supranacional que regula los contratos de compraventa electrónica lo encontramos en la Ley Modelo de la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) o también conocida como de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) Sobre Comercio Electrónico de 1996.

20. Esta ley modelo da la pauta a todos los Estados miembros de la UNCITRAL para adoptar sus postulados en su respectiva legislación interna, a fin de regular los contratos de compraventa electrónica: tal es el caso de México que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 29 de mayo de 2000 se reformaron y adicionaron diversas disposiciones correspondientes a la Legislación Civil,

CONCLUSIONES

Procesal Civil, Mercantil y de Protección de los Derechos al Consumidor.

21. Estas reformas tienden a regular la manera de establecer el consentimiento expreso, la posibilidad de que la propuesta y aceptación en un contrato o acuerdo sean hechas a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, sin que se requiera de una estipulación previa entre los contratantes; para los casos en que la ley exija la formalidad dentro de un acto jurídico, tanto las partes como el fedatario público podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga dicho acto mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología; la posibilidad de reconocer como prueba en juicio la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología; se prevé dentro de estas reformas la creación de un Registro Público de Comercio con dependencia de la Secretaría de Economía y con diversas facultades de registro y certificación electrónicas; se anexó al Código de Comercio en su Libro Segundo, "Del Comercio en General", un "Título II" "Del Comercio Electrónico", mismo que da la pauta para regular los contratos

CONCLUSIONES

de esta índole con base en la Ley Modelo de la UNCITRAL y por último, en las adiciones y reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor, se anexó una fracción VIII del artículo 1 que establece la vigilancia efectiva de la protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.

22. El fenómeno del comercio electrónico no es nuevo; encontramos su principal manifestación en la Transferencia Electrónica de Datos conocida como EDI o Electronic Data Interchange. Ésta se refiere a aquella transacción comercial de intercambio en forma automatizada y en un formato uniforme entre comunidades sectoriales, empresas, etc., mediante el uso de redes privadas, valiéndose del uso de computadoras interconectadas y de prestadores de servicios especialistas en software empresarial. Para el manejo de este medio, se requiere que las empresas sean o tengan una mutua confianza y que mediante negociaciones previas establezcan los parámetros mediante los cuales dicho software les permitirá realizar transacciones en grandes volúmenes y con una gran rapidez.

CONCLUSIONES

23. La Internet es un "mercado abierto" que permite a las empresas jóvenes o pequeñas con pocos índices de ventas y dirigidas a un público en general en la mayoría de los casos, realizar transacciones de productos o servicios de una manera mucho más económica frente a los altos costos que implica la EDI.

24. El comercio electrónico tiene dos principales vertientes que responden a las distintas necesidades de las partes: Primera, la contratación electrónica que hacen los grandes corporativos mediante el uso de las EDI para la negociación de diversos contratos de suministro, arrendamiento, factoraje, etc., lo que se conoce como "*Business to Business*". Segunda, la contratación electrónica mediante el uso de la Internet obedece a las necesidades de tener un público cautivo de compradores en masa, gente común o consumidores comunes que mediante el acceso a una página web pueden comprar lo que necesitan, lo que se conoce como "*Business to consumers*". Este último matiz implica la problemática en cuanto a la aplicación de la normativa existente sobre la regulación jurídica y la protección de consumidores y usuarios.

CONCLUSIONES

25. Existen dos tipos de comercio electrónico: el comercio electrónico directo y el comercio electrónico indirecto. El primero es aquél en el que todas sus etapas se producen en línea, tanto la oferta como la aceptación, e inclusive la entrega de bienes o servicios que son intangibles, así como el pago de los mismos. El segundo se refiere a aquél en el que solamente la oferta y la aceptación se producen de manera electrónica, mientras que los bienes o servicios se entregan por medios ordinarios.

26. Esta diferencia no obedece a cuestiones meramente académicas, ya que en cuestión de los servicios prestados a través del comercio electrónico directo, a diferencia de productos adquiridos en el comercio electrónico indirecto, los primeros difícilmente podrían ser restituidos en el caso de ser solicitados así por el proveedor si hubiere desistimiento; por fuerza deberá operar la figura de "penalización" dentro del contrato de prestación de un servicio o la entrega de un bien virtual, cuando concurra algún tipo de desistimiento por parte del consumidor y a favor del proveedor del servicio.

27. En el contrato de compraventa electrónica, el acuerdo de voluntades no puede darse de manera instantánea, ya que

CONCLUSIONES

por su naturaleza misma la formación es sucesiva; en este caso, la regla que se aplicará es la de la contratación entre ausentes.

28. En el Código Civil Federal, en los artículos 1803 y 1805 se señala que el consentimiento será expreso cuando el acuerdo de voluntades manifestado por las partes se lleve a cabo a través de medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología y se equipara al acuerdo de voluntades hecho por las partes a través de medios electrónicos con la contratación hecha entre presentes, así como con el consentimiento expreso. En este sentido y de manera legal, se defiende la postura de que la contratación por medios electrónicos se entenderá como una contratación entre presentes. Lo anterior me parece de cierta manera infundado, ya que debido a los diversos aspectos técnicos que engloban a esta contratación, tal inmediatez no existe en un tiempo real. Por tanto, el momento de la perfección de un contrato electrónico tendrá que basarse en los principios de la contratación entre ausentes.

29. Respecto a la contratación entre ausentes derivada de medios electrónicos, en nuestra legislación se prevén

CONCLUSIONES

indistintamente diversas teorías para cada momento de la contratación; así pues, operará la teoría de la recepción en el momento en el que el proponente recibe la aceptación del destinatario, por lo que quedará perfeccionado el contrato.

30. Por otra parte, en "el momento de la recepción de la información" al destinatario de la oferta, opera una dualidad en cuanto a las teorías de la contratación entre ausentes. Podemos decir que si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción (por ejemplo la bandeja de entrada del sistema de recepción de correos electrónicos de su IPS), ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho sistema la información, por tanto opera la Teoría de la Recepción; o de enviarse a un sistema del destinatario que no sea el designado o de no haber un sistema de información designado, en el momento en que el destinatario obtenga dicha información del mensaje de datos, operará la Teoría de la Información.

31. El comercio electrónico en línea tiene lugar mediante condiciones generales o de adhesión de la contratación, de modo que el proveedor impone al consumidor total o parcialmente un contenido contractual redactado previamente

CONCLUSIONES

en un documento anexo al formato virtual de compraventa llamado, "Condiciones Generales" que es en donde descansan las cláusulas aditivas del contrato. En nuestra legislación mercantil y de protección de los derechos del consumidor, así como sus correspondientes reformas, en ningún momento se toca el punto de las "Condiciones Generales" en los contratos de compraventa electrónica, que son de vital importancia.

32. En lo que respecta a la protección de los derechos de los consumidores en Internet se prevé en la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 76, fracción V, que al momento del pago, el consumidor tendrá derecho a conocer toda la información sobre los términos, condiciones, costos, cargos adicionales y formas de pago de los bienes y servicios ofrecidos por el proveedor.

33. En cuanto a la regulación administrativa de registro de una página en Internet, se le conoce como "Registro de Dominio", el cual es el suplemento de la dirección de un sitio web dentro de la red de redes por lo que debe ser único. Respecto de los Registros de Dominio que se pretendan registrar en nuestro país, todo el procedimiento se deberá llevar a cabo ante NIC

CONCLUSIONES

México, organismo privado que es administrado por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey.

34. Una de las principales ventajas que presenta el comercio electrónico radica en la comodidad que genera a las partes en todos sus aspectos; la celeridad en las transacciones, las formas de pago, evitar los altos costos administrativos y cúmulo de papeleo.
35. Por lo que toca a la firma tanto autógrafa como la generada a través de un medio electrónico, éstas acreditan la autoría de un documento suscrito y representan en los dos casos, la formalización del consentimiento y la aceptación de lo expuesto, constituyéndose como el origen de derechos y obligaciones.
36. En cuanto a la seguridad con la que se debe contar en toda transacción que se realice a través de Internet, ésta debe de estar basada en los principios de la criptografía o encriptación, ya que esta ciencia sirve para salvaguardar los intereses jurídicos en diversas situaciones, como el derecho a la confidencialidad, a la identidad, la libertad de expresión, características que envuelven a las relaciones del comercio electrónico en línea.

CONCLUSIONES

37. En tal sentido, todas los documentos electrónicos y firmas electrónicas que se generen a raíz de la contratación por este medio, deberán estar basadas en los principios fundamentales de la encriptación de firmas electrónicas asimétricas.
38. De esta manera, por firma electrónica entendemos cualquier sonido electrónico, símbolo o procesamiento lógico adjunto y asociado con un registro, adoptado o ejecutado por una persona con el ánimo de firmar un registro, por lo que en ánimo de poder tener bien definido este tema, únicamente tomamos en cuenta como firma electrónica aquélla que se basa en los principios de encriptación, por ser éstos los que a la fecha la propia tecnología es capaz de proporcionar con mayor seguridad.
39. Las firmas electrónicas no podrán jugar un papel apropiado para facilitar el comercio electrónico hasta que sean reconocidas legalmente. En otras palabras, las firmas electrónicas deben de ser legalmente equivalentes a firmas manuscritas antes de que puedan transformarse en una herramienta efectiva de negocios. Se puede establecer que nuestra legislación pese a que no contempla una regulación especial respecto de la firma electrónica, deja abierta la

CONCLUSIONES

posibilidad de considerar como tal a cualquier otro tipo de tecnologías existentes, así como de aquéllas que surjan en el futuro.

40. Nuestra legislación no hace ningún tipo de distingo en cuanto a negar efectos jurídicos a aquellos documentos electrónicos que se encuentren signados mediante firmas electrónicas no avanzadas o simples (como las que se ostentan en los correos electrónicos), que carezcan de un certificado reconocido o expedido por un proveedor no acreditado o que no haya sido generada por un dispositivo seguro de creación de firma. De igual manera, en cuanto a la propuesta y aceptación hechas a través de estos medios electrónicos y de los que vengan en el futuro, no se requerirá de un documento en papel previo a la contratación electrónica para que produzcan los efectos legales correspondientes.

41. Sería conveniente proponer a las empresas (principalmente cuando el monto de la transacción fuese muy elevado y se tratase de comercio electrónico transfronterizo), someter en árbitros sus controversias, como el caso de los cibertribunales, en razón de que el arbitraje permite una mayor coadyuvancia de peritos expertos que necesariamente

CONCLUSIONES

son indispensables para valorar todas las pruebas que se ostentan dentro de los mecanismos electrónicos; e inclusive, que los mismos árbitros sean expertos en derecho y nuevas tecnologías, además de que la solución extrajudicial de litigios garantiza medios de actuación más rápidos transparentes y eficaces.

42. En este sentido, sería conveniente llevar a cabo una reforma al artículo 1423 del Código de Comercio, en el entendido de permitir que dentro de un contrato que se sustente a través de medios electrónicos, se prevea la posibilidad de instituir una cláusula compromisoria arbitral, sin la necesidad de que el contrato a través del cual se sustenta dicha cláusula tenga forzosamente que obrar por escrito, a fin de adecuarlo gramaticalmente a la nueva tendencia en este sentido.

43. Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, unidas a otras técnicas, dan fiabilidad al documento electrónico y tratan de lograr mayor seguridad mediante el desarrollo y extensión de remedios técnicos y procedimientos de control basados en la criptografía; esta mayor seguridad que se pretende con una adecuación normativa nos conducirá hacia una debida autenticación

CONCLUSIONES

electrónica. El miedo que existe a estas nuevas tecnologías de la información no está en la cuestión técnica o informática, ni en las comunicaciones, sino en su mala utilización debido a la mala cultura y formación de las personas.

44. La creación de las Autoridades de Certificación de los documentos electrónicos, así como de las firmas electrónicas que les dan validez, nos llevará a unas garantías superiores en la autenticación de dichos documentos, por lo que de igual manera la autenticación de los actos celebrados a través de estos medios por parte de los Notarios Públicos, cuando la ley así lo requiera, así como la creación de un Registro Público de Comercio Electrónico y su correspondiente base de datos, nos permitirá tener mayor flexibilidad, así como garantías que los que proporcionaban los anteriores sistemas tradicionales.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

1. ANDERSON, Peter J., The Global Politics of Power, Justice and Death. "An introduction to international relations". Routledge. England. 1996
2. ACOSTA ROMERO, Miguel, Nuevo Derecho Mercantil. Ed. Porrúa. México 2000.
3. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María. La firma y el Comercio Electrónico en España. Comentarios a la Legislación vigente. Ed. Aranzadi, Elcano (Navarra) 2000.
4. ARELLANO GARCÍA, Carlos.- Derecho Internacional Privado.- Ed. Oxford University Press, México. 1998.
5. BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, México, 1991.
6. CAIVANO, Roque J., Negociación, Conciliación y Arbitraje. Lima, Perú, Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación - APENAC, 1998.
7. CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil,. 2da. Ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
8. CONTRERAS VACA, Francisco José.- Derecho Internacional Privado. "Partes Especial", Ed. Oxford University Press, México, 1998.
9. COUTURE, J. Eduardo, Vocabulario Jurídico, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993.
10. CHIRINO CASTILLO, Joel, Derecho Civil III "Contratos civiles". 2ª edición. Ed. Mc Graw-Hill. México. 1996.

BIBLIOGRAFÍA

11. CHOQUE ORMACHEA, Iván, Manual de Conciliación. Lima, Perú, Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación - IPRECOM, 1999.
12. GARCÍA CANCLINI, Nestor, Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización, Ed. Grijalbo, México, 1995.
13. DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel.- Derecho Informático, Ed. Aranzadi, España, 1993.
14. DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, Ed. Harla, México, 1997.
15. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, Derecho Civil. "Parte General, Personas, Cosas, Extranjero, Ed. Aranzadi, España, 1992.
16. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo, Derecho civil. "Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez", 4° edición, Ed. Porrúa, México, 1994.
17. FONT, ANDRÉS, Seguridad y certificación en el Comercio Electrónico, Aspectos generales y consideraciones estratégicas, Fundación Retevisión. S.E., Madrid 2000.
18. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Ed. Porrúa, México, 1992.
19. GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, Derecho Conflictual.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1992.
20. GARCÍA, Trinidad, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 1991.

BIBLIOGRAFÍA

21. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 1996.
22. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Contratación Internacional.-"Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT", UNAM, México, 1998.
23. KARANJIT SIYAN', Chris Hare, Internet y Seguridad en Redes.- Ed. Prentice Hall. México. S.N.E.
24. LASO BALLESTEROS, Isidro, Internet y comercio electrónico. Ed. Mundi-prensa libros, S.N.E.
25. LEWIS HERSCHELL, Gordon, Cómo vender en internet, Ed. Trillas, México, 2000.
26. MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México. 1998.
27. MUÑOZ CANO DE LA PEZA, José Luis, De las Obligaciones, Ed. Mc- Graw Hill, México, 1997.
28. QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia, Ciencia de derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, 2002.
29. RIBAS ALEJANDRO, Javier, Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet, Ed. Aranzadi, España, 1999.
30. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, El Uso de Internet en el Derecho. Ed. Oxford, México, 2000.
31. SÁNCHEZ CRESPO, Dalmau Daniel, Internet. Ed. Infor book, España, S.N.E.
32. SANCHES MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Ed. Porrúa, México, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

33. SANTOS, Rubén B, Arbitraje Comercial Internacional, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1998.
34. SERRANO MIGALLÓN, Fernando, Nueva Ley Federal del Derecho de Autor, Ed. Porrúa – UNAM, México, 1998.
35. SIERRA, Humberto, El Arbitraje Comercial. Ed. Limusa. México. S.N.E.
36. TÉLLEZ VALDEZ, Julio, Contratos Informáticos, Ed. UNAM, México, 1987.
37. TENA, Felipe de Jesús, Derecho Mercantil Mexicano, con Exclusión del Marítimo. S.E., México, 1998.
38. URQUIDI, Víctor L., México en la Globalización: Condiciones y requisitos de un Desarrollo sustentable y equitativo, Ed. FCE, México, 1996.
39. VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles Ed. Porrúa, 1996.
40. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles. Ed. Porrúa, México, 2003.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código de Comercio
3. Código Civil Federal
4. Código Federal de Procedimientos Civiles
5. Código Fiscal de la Federación
6. Ley Federal de Protección al Consumidor

BIBLIOGRAFÍA

7. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil internacional
8. Ley General de Sociedades Mercantiles
9. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
10. Ley de Navegación
11. Ley del Notariado para el Distrito Federal
12. Lineamientos para la Protección al Consumidor en el Contexto del Comercio exterior

PÁGINAS DE INTERNET

1. <http://www.wto.org> (World Trade Organization, OMC)
2. <http://clubs.infosel.com/i-commerce/referencia/conceptos>
3. http://www.colegioa.plantilla_documentos.asp
4. <http://www.prosa.com.mx> (Página principal d una empresa especializada en sistemas de comunicación)
5. http://vlex.com/redi/No._34-_Mayo_del_2001/9
6. <http://www.uncitral.org> (Página electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
7. <http://www.economía.gob.mx> (Página electrónica oficial de la Secretaría de Economía)
8. <http://www.sre.gob.mx> (Página electrónica oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores)
9. <http://www.un.org> (ONU) (Página electrónica oficial de la Organización de la Naciones Unidas)

BIBLIOGRAFÍA

10. <http://notariadomexicano.org.mx> (Página electrónica oficial de la Asociación Nacional del Notariado mexicano, A.C.)
11. <http://www.oecd.org> (OCDE) (Página electrónica oficial de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico)
12. <http://www.oas.org> (OEA) (Página electrónica oficial de la Organización de estados Americanos)
13. <http://www.nic.mx> (Página oficial de NIC MEXICO)
14. <http://www.informatica-juridica.com> (Página electrónica que compila artículos relacionados con la rama de la informática jurídica)
15. <http://www.kriptopolis.com> (Página electrónica dedicada a proporcionar a los los usuarios de Internet sobre posibles riesgos para su privacidad y seguridad en la Red.)
16. <http://www.fecemd.org> (Página de la federación de Comercio Electrónico y marketing Directo)
17. <http://www.aece.org> (Página electrónica de la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional)
18. <http://www.harvard.edu> (Página Electrónica de la Universidad de Harvard)
19. <http://www.ilrg.com> (Página electrónica del Internet Legal Research Group)
20. <http://www.uspto.gov> (Página de la oficina de patentes y marcas de los Estados Unidos de Norteamérica)
21. <http://www.wnspat.com> (Página del despacho Workman y Dinegger, abogados especialistas en conflictos derivados del transacciones electrónicas)

BIBLIOGRAFÍA

22. <http://www.cvfn.org./business/bus/trade.html> (Almacén virtual)
23. <http://www.uspto.gov/web/trad-reg-info/toc.html>
24. <http://www.bsa.org> (Página electrónica de Business Software Alliance)
25. <http://www.org/mexico>
26. <http://www.barzallo.com> (Página de un despacho de abogados especialistas en derecho electrónico)
27. <http://www.amdi.org.mx>
28. <http://www.acertia.com/home.html>
29. <http://www.derechoinformatico.info/index.htm>
30. <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/> (Página oficial de la H. Cámara de Diputados del Congreso de Unión)
31. <http://www.eresolution.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
32. <http://www.squaretrade.com/cnt/jsp/index.jsp> (Tienda virtual)
33. <http://www.onlineresolution.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
34. <http://www.icourthouse.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
35. <http://www.cybersettle.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
36. <http://www.vlex.com/> (Página electrónica que contiene diversos documentos legales)
37. <http://www.oneaccordinc.com/> (Página oficial de una empresa de mediadores en línea)
38. <http://www.newcourtcity.com/> (Almacén virtual)

BIBLIOGRAFÍA

39. <http://www.allsettle.com/>
40. <http://www.namadr.com/> (Página de la National Arbitration and Mediation)
41. <http://webmediate.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
42. <http://www.gov.sg/judiciary/subct/index1.htm/>
43. <http://www.internetneutral.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
44. <http://www.consensusmediation.co.uk/index.html> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
45. <http://www.disputes.org/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea?)
46. <http://www.mediate.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
47. <http://www.onlinemediators.com/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
48. <http://www.resolutionforum.org/> (Página de una empresa dedicada a la resolución de controversias en línea)
49. <http://www.settlementnow.com/>
50. <http://www.settlesmart.com/> (Almacén virtual)
51. <http://www.keylaw.com/>
52. <http://www.cibertribunalperuano.org/>

BIBLIOGRAFÍA

DICCIONARIOS

1. Diccionario Básico de Libre Comercio, Ed. Porrúa, México, 1993.
2. DOUGLAS A. Downing, HAUPPAUGE, Barrons, Dictionary of computer and internet terms, Estados Unidos de América, S.E., 1996.
3. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1999.
4. Diccionario de Términos Políticos, Estado, Vida Política y Relaciones Internacionales. Ed. Temis, Colombia, 1985.
5. Enciclopedia Encarta. Microsoft. 2000-2001.

REVISTAS

1. BARRIOS GARRIDO, Gabriela, "*Avances en la Legislación del Comercio Electrónico. México como parte de la globalización desde una perspectiva latinoamericana*", Razón y Palabra, No. 17, febrero-abril 2000.
<http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n17/17gbarrios.html>
2. CATALÁ PERRE, "Escritos y Firmas Electrónicos", artículo publicado en "DERECHO DE LA ALTA TECNOLOGIA", año Xi, No. 131 julio Buenos Aires, Argentina, 1999.
3. DABAT, Alejandro, "Globalización Mundial y Alternativas de Desarrollo". Revista Nueva Sociedad. Nº 132, Julio-Agosto, 1998.
4. DEL PESO NAVARRO, Emilio, "Resolución de conflictos en el intercambio electrónico de documentos en Ambito jurídico de

BIBLIOGRAFÍA

- las tecnologías de la información”, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996,
5. Internet y comercio electrónico, Revista Informática y Derecho, Nº 33, Ed. UNED, Mérida, 2000.
 6. JAVIER JIJENA, Renato; "Sobre la Imprudencia de Censurar Legalmente los Contenidos de Internet" "Derecho de la Alta Tecnología"; una publicación de Estudio Millé, Año XI, No.131 ; julio 1999; Buenos Aires, Argentina
 7. TOMASSINI, Luciano, "El proceso de globalización y sus impactos socio-políticos", *Revista Estudios Internacionales* Nº 115, julio-setiembre 1996.
 8. VER BODEMER, Klaus, "La globalización. Un concepto y sus problemas", *Revista Nueva Sociedad* Nº 156, julio-agosto 1998.
 9. Organización Mundial de Propiedad intelectual, “Conferencia Internacional de Resolución de Controversias en Comercio Electrónico”, Ginebra, Noviembre 6 y 7, 2000.