



Asamblea General

Distr. limitada
15 de septiembre de 2003
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)
42º período de sesiones
Viena, 17 a 21 de noviembre de 2003

Aspectos jurídicos del comercio electrónico

Contratación electrónica: información de antecedentes

Nota de la Secretaría*

Adición

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales	1-24	2
C. Requisitos de forma	2-24	2
1. Requisitos de forma y fuerza probatoria de los documentos electrónicos	3-7	2
2. Atribución de mensajes y requisito de una firma	8-24	3

* Debido a la falta de personal, la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sufrió una demora de varios días en la presentación de la presente nota.



III. Cuestiones relacionadas con la utilización de mensajes de datos en los contratos internacionales

1. Las secciones que figuran a continuación versan sobre cuestiones que, o bien son inherentes a la contratación por vía electrónica, o bien adquieren particular importancia por la utilización de dicha vía moderna de comunicación. En la sección C se examinan cuestiones relacionadas con la idoneidad de los métodos y criterios de autenticación para determinar la autoría u origen de los mensajes de datos y en la sección D se analizan las cuestiones jurídicas suscitadas por el empleo de sistemas totalmente automatizados en el comercio electrónico, como sería el problema de las faltas y errores que puedan cometerse. La sección E versa sobre la disponibilidad, para los interesados, de las cláusulas o condiciones contractuales y sobre el deber de proporcionar ciertos datos que cabría imponer a toda persona que se valga de sistemas electrónicos de información para negociar. Tanto la sección D como la E figurarán en una próxima adición (A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4).

C. Requisitos de forma

2. El anteproyecto de convención sobre la contratación electrónica se inspira en el principio general de la libertad de forma consagrado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹, para extenderlo a todos los contratos a los que su régimen vaya a ser aplicable. Dicho régimen reconoce, no obstante, que la ley aplicable al contrato puede haber previsto requisitos de forma, como los de consignarlo por escrito o de firmarlo, que serán aplicables en todo supuesto en el que un Estado Parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa formule una reserva al respecto conforme a lo previsto en el artículo 96 de esa Convención². Aun cuando no se impongan requisitos de forma en sí, la utilización de mensajes de datos puede verse obstaculizada por el régimen de la prueba que sea aplicable, que tal vez limite explícita o implícitamente la capacidad de las partes para probar la existencia y el contenido de un contrato mediante un mensaje de datos.

1. Requisitos de forma y fuerza probatoria de los documentos electrónicos

3. Pese a la aceptación generalizada de que goza la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (en adelante denominada “la Ley Modelo”), y del número creciente de Estados que se inspiran en esa ley al elaborar sus regímenes de comercio electrónico, la preparación de un instrumento internacional sobre la contratación electrónica no puede partir del supuesto de que los principios de la Ley Modelo son ya de aplicación universal. Por consiguiente, sería útil que en el nuevo instrumento se establecieran las condiciones conforme a las cuales cabría satisfacer los requisitos de forma con métodos electrónicos de valor equivalente.

4. No hay muchas decisiones judiciales sobre la validez jurídica de la documentación electrónica. De los pocos fallos hasta ahora publicados se desprende que, si bien se tiende al reconocimiento jurídico de todo documento y mensaje de datos electrónico, su admisibilidad como método fiable para la formación de un contrato y como prueba fehaciente de su contenido sigue suscitando también cierto grado de incertidumbre.

5. En los Estados Unidos de América, los tribunales parecen enfocar con amplitud de criterio la admisibilidad de la documentación electrónica, así como de los mensajes por correo electrónico, como prueba fehaciente en las actuaciones civiles³. Los tribunales estadounidenses han rechazado alegatos de que los mensajes por correo electrónico carecían de fuerza probatoria por ser testimonios verbales no autenticados⁴. Han concluido en cambio que los mensajes por correo electrónico del demandante durante el proceso de proposición de prueba se autenticaban por sí mismos, dado que “la presentación de documentos tomados del archivos o de los libros del propio interesado, a los fines de la proposición de prueba, basta para justificar un dictamen de autoautenticación”⁵. Los tribunales tienden a tomar en consideración todas las pruebas disponibles y no rechazan la documentación electrónica como prueba presuntamente insuficiente.

6. Por el contrario, en algunos países que no han aprobado la Ley Modelo se ha dicho que la documentación electrónica, particularmente la generada al negociar por Internet, “carece de validez jurídica”⁶. Además, el riesgo de que se manipule la documentación electrónica ha motivado ciertos fallos que deniegan, por ejemplo, validez a todo mensaje por correo electrónico como medio de prueba en las actuaciones judiciales por estimarse que dichos mensajes no garantizan de forma adecuada la integridad de la información que transmiten⁷.

7. La jurisprudencia en la materia es aún incipiente y, habida cuenta del escaso número de fallos emitidos hasta la fecha, no se dispone de una base suficiente para extraer conclusiones firmes. Con todo, cabe decir que el comercio internacional no dejaría de sacar provecho de la certidumbre jurídica que dimanaría de un régimen uniforme que definiera los criterios para el reconocimiento jurídico de la documentación electrónica y de los mensajes de datos en el comercio internacional. A dicho fin, en el párrafo 2 del artículo 9 del anteproyecto de convención se transcriben los criterios enunciados en el artículo 6 de la Ley Modelo para el reconocimiento jurídico de un mensaje de datos como el equivalente electrónico de un “escrito”.

2. Atribución de mensajes y requisito de una firma

8. La utilización de métodos de identificación electrónicos conlleva dos aspectos que tal vez convenga que el Grupo de Trabajo examine. El primero se relaciona con la cuestión general de la atribución de un mensaje a su supuesto iniciador. El segundo se refiere a la idoneidad del método de identificación utilizado por las partes a efectos de cumplir con los requisitos jurídicos de forma, en particular con el requisito de firma. También convendría examinar los conceptos jurídicos que presuponen la presencia de una firma manuscrita, como la noción de “documento” propia de algunos ordenamientos. Aun cuando esos dos aspectos suelen aparecer combinados, o no sean totalmente distinguibles entre sí en determinadas circunstancias, tal vez convenga analizarlos por separado, teniendo en cuenta que los tribunales tienden a emitir dictámenes distintos según sea la función que se asigne al método de identificación.

a) Autoría de los mensajes de datos

9. La Ley Modelo trata de la atribución de los mensajes de datos en su artículo 13. Esa disposición se inspira en el artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito, que define las

obligaciones del expedidor de una orden de pago. El artículo 13 será aplicable para resolver toda duda acerca de si un mensaje de datos fue efectivamente enviado por la persona que consta como iniciador. En el caso de una comunicación consignada sobre papel, el problema surgiría a raíz de una firma presuntamente falsificada del supuesto expedidor. En las comunicaciones electrónicas puede suceder que una persona no autorizada haya enviado el mensaje, pero que la autenticación mediante clave, criptografía o algún método similar sea correcta. El artículo 13 no tiene por finalidad asignar la responsabilidad, sino atribuir la autoría de los mensajes de datos. Establece una presunción de que de darse ciertas circunstancias un mensaje de datos deberá ser tenido como emanado del iniciador.

10. En el párrafo 1 del artículo 13 de la Ley Modelo se recuerda el principio de que el iniciador queda vinculado por todo mensaje de datos que haya efectivamente enviado. El párrafo 2 se refiere al supuesto de que el mensaje haya sido enviado por una persona distinta del iniciador facultada para actuar en su nombre. El párrafo 3 trata de dos supuestos en que el destinatario podría considerar que el mensaje de datos emanaba del iniciador: en primer lugar, el supuesto de que el destinatario haya aplicado adecuadamente un procedimiento de autenticación previamente convenido con el iniciador; y, en segundo lugar, el supuesto de que el mensaje de datos haya resultado de los actos de una persona cuya relación con el iniciador le haya dado acceso a los métodos de autenticación del iniciador.

11. Varios países han adoptado el régimen del artículo 13 de la Ley Modelo, inclusive la presunción de autoría que se establece en el párrafo 3 de dicho artículo⁸. Varios países se refieren expresamente a la utilización de códigos, contraseñas u otras formas de identificación como factores determinantes de una presunción de autoría⁹. También hay países que formulan en términos más generales la presunción creada, conforme al artículo 13, por la verificación adecuada mediante un procedimiento convenido de antemano, como meramente indicadora de los elementos que cabe utilizar para la atribución de un mensaje¹⁰.

12. Otros países, por el contrario, se han limitado a adoptar el régimen general del artículo 13, que dispone que un mensaje de datos proviene del iniciador si ha sido enviado por el propio iniciador o por alguna persona facultada para actuar en su nombre, o por medio de un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente¹¹. Por último, algunos países, que han adoptado el régimen de la Ley Modelo, han omitido toda disposición inspirada en el artículo 13¹². Esos países dieron por supuesto que no hacía falta ningún régimen especial al respecto y que lo mejor sería que la atribución se hiciera por el procedimiento habitual de prueba, al igual que para los documentos consignados sobre papel: “Toda persona que se fía de una firma se expone a que ésta no sea válida, regla que se aplica por igual al supuesto de la firma electrónica”¹³.

13. En los países que no han adoptado el régimen de la Ley Modelo, no parece que se disponga de régimen legal alguno que permita la atribución del mensaje por analogía. En esos países, la atribución suele depender del reconocimiento jurídico de la firma electrónica y de las presunciones favorables a todo documento autenticado por algún tipo especial de firma electrónica.

14. En el anteproyecto de convención no se ha previsto hasta la fecha ninguna regla especial para la atribución de mensajes inspirada en el artículo 13 de la Ley Modelo. No obstante, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de disponer de un régimen para la atribución del mensaje que no dependa del régimen de la firma electrónica. La razón para sugerirlo radica en que una firma no es el único método de identificación reconocido por la ley para atribuir documentos o mensajes a una persona determinada, como se desprende del comentario oficial de la regla enunciada a dicho respecto en la Ley Uniforme de las Operaciones Electrónicas (UETA) de los Estados Unidos¹⁴:

“1. Conforme a la subsección a) [de la sección 9 de la UETA], se atribuirán a una persona determinada la firma o el documento electrónico, siempre que dicha firma o documento haya resultado de algún acto de dicha persona; los efectos jurídicos de dicha atribución están regulados en la subsección b). Por la presente sección no se modifica el régimen legal que sea por lo demás aplicable a la atribución de todo acto jurídico, sino que se extiende su ámbito de aplicación al comercio electrónico. Por acto de una persona se entenderá también todo acto autorizado de un apoderado de dicha persona, así como todo acto imputable a un agente electrónico, que sea, el instrumento de dicha persona. Aunque dicho régimen parezca enunciar lo obvio, no deja de poner en claro que el documento o la firma no serán atribuidos a una máquina, sino a la persona que opere o programe dicha máquina.

Conforme a la subsección a), tanto la firma como el documento electrónico serán atribuibles a una persona en cada uno de los supuestos siguientes:

- A. Dicha persona haya mecanografiado su nombre en una orden de compra transmitida por correo electrónico;
- B. Un empleado, con facultades jurídicas para hacerlo, haya mecanografiado el nombre de dicha persona como parte de una orden de compra transmitida por correo electrónico;
- C. La computadora de dicha persona, que ha sido programada para cursar órdenes de compra al recibir cierta información sobre existencias, conforme a determinadas pautas, emite una orden de compra bajo el nombre de dicha persona o con algún otro dato revelador de su identidad personal, como parte de dicha orden.

En cada uno de los supuestos recién enumerados, toda otra ley distinta de la UETA atribuiría la firma y la orden de compra a la persona titular de dicha firma, siempre que su firma conste en un documento consignado sobre papel. La subsección a) dispone expresamente que toda orden de compra y su firma surtirán idéntico efecto cuando se utilice un soporte electrónico.

2. Nada de lo dispuesto [en la sección 9 de la UETA] menoscabará la validez de una firma electrónica como dispositivo para la atribución de un documento a una persona. De hecho, la firma suele ser el principal método para la atribución de un documento a una persona. En los ejemplos anteriores, una vez que se ha atribuido la firma electrónica a una persona, también se le atribuiría el documento electrónico, salvo que se determinara que ha mediado

fraude o falsificación o alguna otra causal de nulidad. Con todo, la firma no es el único método de atribución.

3. En las comunicaciones por facsímile se encuentran varios ejemplos de métodos de atribución en los que la información identificadora del autor del facsímile no consiste en una firma. Cabe atribuir un facsímile a una persona determinada por los datos de la máquina emisora que figuran en la parte superior de la página transmitida. De forma análoga, la comunicación puede llevar un membrete por el que se identifique al remitente. Ciertos fallos judiciales han dictaminado que el membrete constituía efectivamente una firma por ser el símbolo que adoptaba el remitente con la intención de autenticar el facsímile. En rigor, dicha determinación de la firma obedeció al dictamen emitido por el tribunal sobre la intención del expedidor del facsímile. En otros fallos se ha dictaminado, en cambio, que el membrete de un facsímile NO constituía una firma precisamente porque faltaba la intención requerida para una firma. El factor decisivo radica en que, con o sin firma, sea o no posible que la información consignada en un documento electrónico contenga ciertos datos que permitan atribuir dicho documento a determinada persona.

En el contexto de la atribución de documentos, la información requerida para fundamentar un dictamen de atribución de la autoría suele figurar en el propio documento. También es posible que un procedimiento convenido entre las partes, para negociar entre sí, permita emitir un dictamen de autoría. Como sucede con los documentos consignados sobre papel, en este caso también cabe introducir contrapruebas de falsificación para refutar las pruebas en que se funde la atribución.

4. Es posible que en un contexto electrónico consten ciertos datos que, aunque no lo parezca, permitan atribuir claramente determinado documento a determinada persona. Elementos como los códigos numéricos, las cifras de identificación personal y las combinaciones de claves públicas y privadas sirven para determinar la persona a la que haya de atribuirse un documento electrónico. Claro está que los procedimientos de seguridad constituyen otra modalidad de prueba con la que puede determinarse la autoría de un documento.

Toda referencia explícita a los procedimientos de seguridad como medio de probar la autoría es útil por la importancia singular de esos procedimientos en el ámbito electrónico. En determinadas causas, el dispositivo de seguridad técnico utilizado tal vez sea el argumento más eficaz para obtener un dictamen pericial de los hechos que confirme que cabe atribuir una determinada firma o documento electrónico a determinada persona. En ciertas circunstancias, la utilización de un procedimiento de seguridad que permita determinar que un documento y su firma proceden del negocio de determinada persona puede ser un factor decisivo para contrarrestar alguna pretensión falsa de que ha intervenido en la operación un pirata informático. Esta insistencia en los procedimientos de seguridad no quisiera sugerir que deban asignarse efectos menos convincentes a otras formas probatorias de la de autoría. Conviene también recordar que la ventaja intrínseca de un determinado procedimiento no depende tanto de su condición de procedimiento de seguridad como del valor probatorio que se le asigne a dicho procedimiento de seguridad como elemento para determinar la autoría.”

15. También es importante tener presente que una presunción de autoría no faculta por sí misma para prescindir del régimen jurídico de la firma cuando se necesite una firma para dar validez o probar un acto. Después de haberse dictaminado que una firma o documento es atribuible a determinada persona, “el efecto de una firma o documento deberá ser determinado en función del contexto jurídico y de las circunstancias del caso, así como de todo acuerdo entre las partes, si lo hubiere”, y de “todo otro requisito legal que sea aplicable en el supuesto considerado”¹⁵.

16. Cabe observar una actitud más severa en ciertos fallos recientes relativos a subastas por Internet, en los que los tribunales han aplicado criterios muy rigurosos para la atribución de la autoría de un mensaje de datos. En general se trataba de causas entabladas por incumplimiento de un contrato a raíz de la falta de pago de ciertos bienes supuestamente adquiridos en una subasta por Internet. En cada uno de ellos, el demandante alegaba que el demandado había comprado dichos bienes y aducía como prueba el hecho de que el precio más alto ofrecido se hubiera autenticado con la contraseña del demandado, en un mensaje enviado desde la dirección de correo electrónico del demandado. Los tribunales han dictaminado en esas causas que los elementos aportados como prueba no eran suficientes para determinar de forma concluyente que era efectivamente el demandado el que había participado en la subasta y presentado la oferta que resultó ganadora. Los tribunales han utilizado diversos argumentos para fundamentar esa posición. Han sostenido, por ejemplo, que las contraseñas no eran fiables, puesto que cualquiera que conociera la contraseña del demandado podría haber utilizado su dirección de correo electrónico dondequiera se encontrara y podría haber participado en la subasta utilizando el nombre del demandado¹⁶; algunos tribunales entendieron que ese riesgo era “muy alto”, apoyándose en dictámenes periciales sobre los riesgos de seguridad inherentes a las comunicaciones por Internet, mencionándose en particular ciertos programas denominados “caballos de Troya”, que son capaces de “robar” la contraseña de una persona¹⁷. El oferente de bienes o servicios a través de un medio particular de comunicación debía asumir el riesgo de todo uso no autorizado del dispositivo de identificación de una persona (contraseña), habida cuenta de que no había ninguna presunción jurídica que permitiera atribuir a cierta persona los mensajes transmitidos a partir de un sitio en Internet con la contraseña de acceso del titular de dicho sitio en Internet¹⁸. Si bien cabría admitir que tal presunción fuera aplicable al empleo de una “firma electrónica avanzada”, de prescribirlo así la ley, no cabe imponer al titular de una mera “contraseña” el riesgo de que personas no autorizadas utilicen indebidamente su contraseña¹⁹.

17. Un régimen uniforme de la autoría de un mensaje de datos dotará, sin duda, de mayor certidumbre o seguridad jurídica a los elementos de los que pueda uno fiarse para atribuir la autoría de un mensaje de datos. Cabría enunciar dicho régimen en forma de una presunción inspirada en las reglas del artículo 13 de la Ley Modelo. Ello tendría la ventaja adicional de limitar el alcance de las cuestiones que se desea resolver mediante la definición de unas normas técnicas comunes de la firma electrónica, que por lo general cumplen otro cometido.

b) Requisitos de firma

18. Una cuestión que el Grupo de Trabajo deberá examinar respecto del requisito de la firma es si en el anteproyecto de convención debe figurar únicamente una disposición general sobre el reconocimiento de la firma electrónica o si procede

enunciar todas las condiciones requeridas para el reconocimiento jurídico de dicha firma. Si se opta por el primer camino, el Grupo de Trabajo tal vez desee introducir en el nuevo instrumento una disposición similar a la del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo. Dicha opción puede verse reflejada en la variante A del párrafo 3 del proyecto de artículo 9. De inclinarse por la segunda opción, el Grupo de Trabajo deberá formular un texto más detallado de un tenor análogo al del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas. Esa opción puede verse reflejada en la variante B del párrafo 3 del proyecto de artículo 9. Cabe subrayar que esas opciones no se excluyen entre sí, puesto que el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico fue la fuente inspiradora del texto más detallado del párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas.

19. En última instancia, la elección de una u otra variante dependerá de la decisión que se adopte sobre la exhaustividad requerida para brindar una orientación adecuada y dotar al nuevo régimen de una uniformidad aceptable. En todo caso, es importante que el nuevo régimen conserve la debida flexibilidad para que los interesados y los tribunales puedan determinar la idoneidad y fiabilidad de los métodos de autenticación utilizados a la luz de las circunstancias del caso.

20. En algunos países se ha tendido a interpretar los requisitos de firma con amplitud de criterio. Los tribunales estadounidenses se han mostrado abiertos al reconocimiento legal de la firma electrónica y han permitido su utilización también en situaciones no contempladas expresamente en la ley por la que se autoriza el empleo de dicha firma, como en los mandamientos judiciales²⁰. Cabe citar como de mayor importancia en el ámbito contractual, el hecho de que los tribunales también se hayan pronunciado a favor de la procedencia de ciertas formas de identificación basadas en el trato establecido entre las partes, sin aplicar un criterio igual de estricto en dichas situaciones. Conforme a dicho criterio, en supuestos en los que las partes negociaban habitualmente entre sí por correo electrónico, los tribunales han dictaminado que, bastaba que apareciera el nombre mecanografiado del iniciador en el mensaje electrónico para que se cumplieran los requisitos legales de una firma²¹. Se ha concluido que “el acto deliberado de una persona de mecanografiar su nombre al pie de sus mensajes expedidos por correo electrónico” puede ser una forma válida de autenticarlos²². La misma amplitud de criterio ha guiado a los tribunales colombianos que han corroborado la admisibilidad de las actuaciones judiciales tramitadas íntegramente mediante comunicaciones electrónicas. Se entendió que los escritos intercambiados durante las actuaciones eran válidos, aun cuando no llevaran una firma digital²³, habida cuenta de que los métodos utilizados en dichas comunicaciones por vía electrónica permitían identificar a las partes²⁴.

21. No obstante, en otros países, como Francia, los tribunales se han mostrado reacios a aceptar la equivalencia entre los métodos electrónicos de identificación y la firma manuscrita antes de que se promulgue alguna norma legal por la que se reconozca expresamente la validez de la firma electrónica²⁵. Pese a ello, hay decisiones en virtud de las cuales se acepta la presentación por vía electrónica de los recursos administrativos para facilitar el cumplimiento de algún plazo legal, al menos siempre que se confirmen ulteriormente por correo ordinario²⁶.

22. En contraste con el criterio restrictivo aplicado a la atribución de los mensajes de datos en la formación de un contrato, los tribunales alemanes han aceptado con mayor amplitud de criterio la equivalencia entre los métodos electrónicos de

identificación y la firma manuscrita en las actuaciones judiciales. El debate en Alemania ha girado en torno a la utilización cada vez más frecuente de la reproducción por escáner de la firma del letrado defensor como forma de autenticar los facsímiles de todo escrito de apelación que se transmita directamente por módem de una computadora a una máquina de facsímile perteneciente a un tribunal. En fallos anteriores, los tribunales de apelación²⁷ y la Corte Suprema Federal (*Bundesgerichtshof*)²⁸ habían dictaminado que la reproducción de una firma manuscrita por escáner ni se ajustaba a los requisitos de la firma ni probaba la identidad de una persona. Aun cuando se estimó que sí cabría pensar que la calificación de medio de identificación admisible fuera aplicable a la “firma electrónica avanzada”, conforme está definida en el derecho alemán. No obstante, se entendió que en general incumbía al legislador, no a los tribunales, determinar las condiciones requeridas para la equivalencia entre un escrito y una comunicación consignada sobre un soporte no corporal y transmitida por conducto de un mensaje de datos²⁹. Esa decisión se revocó ulteriormente ante la opinión unánime de otros tribunales federales superiores que aceptaron la presentación de determinados escritos procesales en forma de mensaje de datos transmitidos por vía electrónica que llevaban una firma reproducida por escáner³⁰.

23. No se sugiere que los argumentos a favor de que se obre con amplitud de criterios en el contexto de los recursos de apelación judiciales o administrativos puedan extrapolarse directamente al ámbito de los contratos internacionales. Es más, si bien en materia contractual la parte que se fía de un mensaje electrónico corre el riesgo de que la otra repudie el acuerdo así convenido, en el ámbito de las actuaciones civiles suele ser la parte que utiliza una firma o un documento electrónico la que desea confirmar su aprobación de dicho documento y su contenido. No obstante, lo expuesto anteriormente muestra que los tribunales se inclinan en la práctica a determinar la fiabilidad de los métodos de autenticación en función de los fines para los que se utilizan.

24. Otro aspecto que el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente en sus deliberaciones es que, conforme al párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y al párrafo 5 del artículo 6 de la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, un Estado promulgante está facultado para excluir el reconocimiento de la firma electrónica en determinadas circunstancias que han de definirse en la legislación interna. La solución ideal en aras de la armonización jurídica internacional sería que se conviniera en una lista de exclusiones. Con todo, se reconoce que tal vez sería difícil obtener ese resultado. Otra solución posible, que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, sería excluir sólo aquellos supuestos en los que la legislación interna excluya categóricamente el reconocimiento de toda firma electrónica, o bien en los que prescriba la utilización de un tipo particular de firma electrónica (“firma avanzada” o “firma segura”).

Notas

¹ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, No. 25567, pág. 3. Puede consultarse igualmente en el sitio <http://www.uncitral.org/spanish/texts/sales/CISG-s.htm>.

- ² Conforme a esa disposición,
- “El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado”.
- ³ *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates, United States District Court for the Western District of Kentucky*, 9 de agosto de 2001, *Federal Supplement*, segunda serie, vol. 186, pág. 770; y *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)*, *United States District Court for the Central District of Illinois*, 30 de diciembre de 2002, *Federal Supplement*, segunda serie, vol. 235, pág. 916.
- ⁴ Por ejemplo, en la causa *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, Llc.*, un tribunal de apelación revocó la decisión de un tribunal federal de primera instancia por la que éste había excluido como prueba un mensaje de correo electrónico interno enviado por uno de los empleados del demandante, aduciendo que el demandado “no hace alegato alguno ni presenta prueba alguna de la identidad y el cargo del empleado” que escribió el mensaje. El tribunal de apelación observó que el mensaje electrónico original, en forma de memorando interno de la empresa, concluía con una “firma” electrónica en la que constaba el nombre y cargo de su autor y determinó que el tribunal federal de primera instancia había abusado de su potestad discrecional al rechazar la fuerza probatoria de dicho mensaje. (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 3 de abril de 2002, *Federal Reporter*, tercera serie, vol. 285, pág. 808).
- ⁵ *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, *United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division*, 16 de noviembre de 1999, *U.S. Dist. LEXIS* 17910.
- ⁶ Declaración (sin fecha) del magistrado Ruy Rosado de Aguiar Jr. del *Superior Tribunal de Justiça* brasileño (“Comércio eletrônico não tem valor jurídico”) difundida en <http://www.trabalhodeeconomia.hpg.ig.com.br/juri.html>, sitio consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ⁷ *Amtsgericht Bonn*, caso N° 3 C 193/01, 25 de octubre de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 332/2002* (difundido en el sitio www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003). En esta causa, el demandante entabló juicio reclamando el pago de la comisión que le correspondía como intermediario en una venta de cigarrillos a granel. El tribunal desestimó la pretensión por falta de prueba de la existencia de un acuerdo de pago de una comisión. El tribunal dictaminó que las copias impresas de los mensajes electrónicos que había presentado el demandante y rechazado el demandado no tenían fuerza probatoria porque, “como es de conocimiento general” los mensajes corrientes, expedidos por correo electrónico, son fáciles de alterar o de falsificar.
- ⁸ Véanse Colombia (Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico, artículo 17); Ecuador (Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos de 2002, artículo 10); Filipinas (*Electronic Commerce Act 2000*, artículo 18, párrafo 3)); Jordania (Ley de operaciones electrónicas N° 85 de 2001, artículo 15); Mauricio (*Electronic Transactions Act 2000*, artículo 12 párrafo 2)); República de Corea (Ley marco sobre comercio electrónico de 1999, artículo 7, párrafo 2)); Singapur (*Electronic Transactions Act 1998*, sección 13, 3)); Tailandia (Ley de operaciones electrónicas de 2002, artículo 16); y Venezuela (Decreto N° 1024 de 10 de febrero de 2001 - Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas, artículo 9). Ese mismo régimen se aplica en la isla de Jersey (*Electronic Communications (Jersey) Law 2000*, sección 8), dependencia de la Corona Británica, y en las islas Bermudas (*Electronic Transactions Act 1999*, sección 16, párrafo 2) y Turcas y Caicos (*Electronic Transactions Ordinance 2000*, sección 14), territorios británicos de ultramar.

- ⁹ México (Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, de 26 de abril de 2000, artículo 90, párrafo I).
- ¹⁰ En la subsección a) de la sección 9 de la *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)* de los Estados Unidos se establece, por ejemplo, que una firma o documento electrónico “será atribuible a una persona si resultó de un acto de esa persona. Dicho acto puede manifestarse de diversas formas, inclusive mediante una demostración de la eficacia de todo procedimiento de seguridad que se aplique para determinar la persona a la que la firma o el documento electrónico era atribuible”. En la subsección b) se dispone, además, que la eficacia de una firma o documento electrónico atribuido a una persona conforme a la subsección a) “se determinará por el contexto y las circunstancias del momento de su creación, ejecución o aprobación, incluido todo acuerdo entre las partes, si lo hubiere, así como de cualquier otra forma prevista por la ley”.
- ¹¹ Australia (*Electronic Transactions Act 1999*, sección 15, subsección 1)); básicamente lo mismo sucede en la legislación de Eslovenia (Ley sobre el comercio electrónico y las firmas electrónicas de 2000, sección 5); de la India (*Information Technology Act 2000*), sección 11; del Pakistán (Ordenanza sobre operaciones electrónicas de 2002, sección 13, párrafo 2)); de la Isla de Man (*Electronic Transactions Act 2000*, sección 2), dependencia de la Corona Británica; y de la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong (China) (*Electronic Commerce Ordinance, 2000*, sección 18).
- ¹² Por ejemplo, el Canadá, Francia, Irlanda, Nueva Zelanda y Sudáfrica.
- ¹³ *Uniform Law Conference of Canada, Uniform Electronic Commerce Act (Annotated)*, comentario sobre el apartado 2 de la sección 10 (se difunde en el sitio <http://www.ulcc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia>, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003).
- ¹⁴ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Electronic Transactions Act (1999)*, aprobada y recomendada para su promulgación en todos los estados, en su 108a asamblea anual, que se celebró en Denver, estado de Colorado, del 23 al 30 de julio de 1999), con nota preliminar y comentarios (se difunde en el sitio <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>, consultado por última vez el 11 de septiembre de 2003).
- ¹⁵ *Ibid.*
- ¹⁶ *Amtsgericht Erfurt*, caso N° 28 C 2354/01, 14 de septiembre de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 71/2002* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm>, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).
- ¹⁷ *Landgericht Konstanz*, caso N° 2 O 141/01 A, 19 de abril de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm>, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).
- ¹⁸ *Landgericht Bonn*, caso N° 2 O 450/00, 7 de agosto de 2001, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 136/2002* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm>, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).
- ¹⁹ *Oberlandesgericht Köln*, caso N° 19 U 16/02, 19 de abril de 2002, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm>, consultado por última vez el 25 de agosto de 2003).
- ²⁰ *Department of Agriculture & Consumer Services. v. Haire, Court of Appeal of Florida*, caso N° 4D02-2584 y N° 4D02-3315, 15 de enero de 2003 (se difunde en el sitio <http://www.4dca.org/Jan2003/01-15-03/4D02-2584op.pdf>, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²¹ La causa *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* consistía en una demanda por incumplimiento de contrato en la que el demandado negó haber cursado varias órdenes de compra. Las partes se habían comunicado por correo electrónico. Aparentemente, parte de la correspondencia intercambiada no estaba firmada. El tribunal federal de primera instancia falló a favor del demandado por falta de pruebas del envío de las supuestas cartas de pedido. El tribunal de apelación revocó el fallo alegando que la constancia del nombre del remitente en la correspondencia electrónica cumplía el requisito de firma previsto en la Ley contra el fraude. El tribunal de apelación sostuvo además que ni en el cuerpo

de leyes de *common law* ni en el Código de Comercio Uniforme se exigía una firma manuscrita, “aun cuando una firma manuscrita tuviera más fuerza probatoria que una firma mecanografiada”. El tribunal de apelación subrayó que la finalidad de la Ley contra el fraude es impedir que una parte contratante convierta en materia litigiosa un asunto relacionado con las condiciones contractuales o, si el caso fuere, con la existencia misma de un contrato, fundándose en la mera aserción de esa parte. Para el cumplimiento de esa finalidad la Ley no prevé una firma manuscrita, en particular cuando en una causa, además de los escritos, se han aducido otras pruebas, no sólo una prueba consistente en una mera aserción, que demuestran la existencia del contrato”. (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, 26 de diciembre de 2002, *Federal Reporter*, tercera serie, vol. 314, pág. 296).

- ²² *Jonathan P. Shattuck v. David K. Klotzbach*, *Superior Court of Massachusetts*, 11 de diciembre de 2001, 2001 *Mass. Super. LEXIS* 642. En esta causa, el comprador entabló juicio contra el vendedor para forzar el cumplimiento de un contrato de compraventa de bienes raíces y solicitar indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el supuesto incumplimiento contractual. El vendedor elevó una petición para que se desestimara la pretensión alegando que no había un contrato de compraventa escrito y firmado que reuniera los requisitos de forma previstos en la legislación de Massachusetts. Las partes habían negociado la compraventa de bienes raíces por correo electrónico y cada mensaje intercambiado entre ellas llevaba al pie una firma mecanografiada. El tribunal sostuvo que, al efectuar la formación del contrato, las partes habían consignado las condiciones propias de un contrato de compraventa de bienes raíces: las partes, el lugar, el carácter de la operación y el precio de compra se ajustaban a la Ley contra el fraude. Sostuvo, además, que, al enviar por correo electrónico los mensajes relativos a las condiciones de compraventa de los bienes raíces, el vendedor obró en la intención de que su nombre mecanografiado al pie sirviera de medio de autenticación.
- ²³ Colombia ha aprobado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. Aunque contiene una disposición general análoga al artículo 7 de la Ley Modelo, la ley colombiana establece la presunción de autenticidad sólo respecto de las firmas digitales (Ley Número 527 de 1999: Ley de comercio electrónico, artículo 28).
- ²⁴ Juan Carlos Samper c. Jaime Tapias, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Rovira Tolima, 21 de julio de 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00 (se difunde en el sitio www.alfa-redi.org/documento/alexdiar.pdf, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²⁵ *La Cour de cassation* ha rechazado la admisibilidad de una solicitud de apelación firmada electrónicamente por entender que podía ponerse en duda la identidad del firmante y que dicha solicitud se había refrendado con una firma electrónica antes de que entrara en vigor la ley del 13 de marzo de 2000, en virtud de la cual se reconocía la eficacia jurídica de las firmas electrónicas (*Cour de cassation, Deuxième chambre civile*, 30 de abril de 2003, *Société Chalets Boisson c. M. X.*, se difunde en el sitio www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²⁶ *Conseil d'État*, caso N° 235784, 28 de diciembre de 2001, *Elections municipales d'Entre-Deux-Monts* (se difunde en el sitio http://www.rajf.org/article.php3?id_article=467, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²⁷ Por ejemplo, *Oberlandesgericht Karlsruhe*, caso N° 14 U 202/96, 14 de noviembre de 1997, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 09/1998* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm>, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²⁸ *Bundesgerichtshof*, caso N° XI ZR 367/97, 29 de septiembre de 1998, *JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 291/2002* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm>, consultado por última vez el 12 de septiembre de 2003).
- ²⁹ El *Bundesgerichtshof* reconoció que la jurisprudencia venía aceptando desde hacía cierto tiempo la transmisión de presentaciones procesales en forma de facsímiles. Sin embargo, en esos casos jurisprudenciales, el letrado debía firmar a mano el documento original y esa firma solía constar en el facsímil recibido en tribunales. Se entendió que, los facsímiles generados y transmitidos directamente por una computadora no constituían un documento original material; tampoco estaban firmados a mano por un letrado. Sólo el impreso del facsímil de la máquina del tribunal generaba un

documento material. La aceptación de los facsímiles generados por computadora entrañaría en definitiva renunciar a los requisitos de la forma escrita prescriptos por la ley. Se instaba a los legisladores a que establecieran las condiciones de equivalencia entre un escrito consignado sobre papel y formas de comunicación por mensajes de datos transmitidos sin soporte corporal. En opinión del *Bundesgerichtshof*, esa equivalencia no podía emanar de la jurisprudencia, sino que habría de prescribirse por ley (véase la nota 28 *supra*).

³⁰ En una decisión relativa a una causa a la que se refería el *Bundesgerichtshof* (véase la nota 26 *supra*), la *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* observó que en las actuaciones judiciales el requisito de forma no constituía un fin en sí mismo. Su finalidad era garantizar una determinación suficientemente fiable (*hinreichend zuverlässig*) del contenido del escrito y la identidad de la persona de la que éste emanaba. Recordó la forma en que había evolucionado la aplicación práctica del requisito de forma para dar cabida a los adelantos tecnológicos del pasado, como el télex y el facsimile. La *Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes* sostuvo que la aceptación de ciertas presentaciones procesales transmitidas por vía electrónica en forma de mensaje de datos en que constara la reproducción por escáner de una firma concordaría con el espíritu de la jurisprudencia existente. (*Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 de abril de 2000, JurPC - Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik, JurPC WebDok 160/2000* (se difunde en el sitio <http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm>, consultado por última vez el 12 septiembre de 2003).
