



Asamblea General

Distr. general
20 de junio de 2014
Español
Original: francés e inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

47º período de sesiones

Nueva York, 7 a 18 de julio de 2014

Labor prevista y posible labor futura: parte cuarta

Propuesta del Gobierno del Canadá: posible labor futura en materia de comercio electrónico: cuestiones jurídicas que afectan a la informática “en la nube”

Nota de la Secretaría

1. En preparación del 47º período de sesiones de la Comisión, el Gobierno del Canadá presentó a la Secretaría una propuesta en apoyo de la labor futura en materia de informática “en la nube”. Las versiones en francés y en inglés de la presente nota fueron presentadas a la Secretaría el 19 de junio de 2014. El texto de dicho documento se expone en el anexo de la presente nota conforme lo recibió la Secretaría.



Anexo

I. Introducción

1. De conformidad con el mandato que le encomendó la Comisión en su 44º período de sesiones, celebrado en 2011, el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico (el Grupo de Trabajo) ha llevado a cabo su labor sobre los documentos electrónicos transferibles y sobre ciertos aspectos de otros temas que, según se decidió, justificaban la atención de CNUDMI, tales como la gestión de datos de identificación personal, el comercio electrónico por conducto de dispositivos móviles y los sistemas electrónicos de ventanilla única¹. En el 47º período de sesiones de la Comisión, el Grupo de Trabajo informará sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 48º y 49º. La labor sobre las disposiciones modelo para los documentos electrónicos transferibles está progresando. Así, tal vez haya llegado el momento de que la Comisión estudie temas para su labor futura en el ámbito del comercio electrónico.

II. La informática “en la nube” y cuestiones jurídicas conexas en el contexto transfronterizo

2. En los últimos años, la informática “en la nube” ha progresado rápidamente y se está expandiendo en muchos sectores de actividades comerciales, así como en los órganos del sector público. Genéricamente, la informática en la nube se define como los servicios informáticos (por ejemplo, el almacenamiento y el procesamiento de datos) por Internet. Requiere un tipo de acceso restringido que se concede a un grupo determinado de personas, como los empleados de una empresa. Lo que a veces resulta difícil de entender para el profano es que la informática en la nube comprende una variedad de configuraciones de equipos informáticos (o de grupos de equipos informáticos) denominados servidores. El usuario que haya obtenido acceso podrá utilizar la capacidad procesadora de los servidores para utilizar una aplicación, almacenar datos o realizar cualquier otra tarea informática. Se llama informática “en la nube” porque las operaciones no se llevan a cabo en la computadora personal ni en el sistema informático de la propia empresa sino en otra parte a través de una conexión por Internet. En efecto, la informática en la nube limita la necesidad de redes informáticas internas, servidores e incluso computadoras personales, ya que en vez de utilizarse muchos dispositivos o redes internas para realizar operaciones informáticas, se utilizan las aplicaciones y las capacidades informáticas del proveedor de servicios. La utilización de la informática en la nube puede facilitar enormemente los negocios reduciendo costos y promoviendo la movilidad de los usuarios.

3. Pese a las ventajas de la informática “en la nube”, las empresas pueden ser reacias a utilizarla por cuestiones de fiabilidad, seguridad de la información confidencial, por ejemplo de los secretos comerciales, la ausencia del proveedor de servicios en el país, las cláusulas contractuales estándar que se consideren demasiado favorables al proveedor de la “nube”, la rigidez de los modelos

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17), párrs. 238 y 239.*

propuestos por los proveedores de servicios que no pueden satisfacer los requisitos jurídicos del cliente, y por muchas otras razones.

III. ¿Por qué sería útil una labor de determinación de las cuestiones jurídicas que plantea la informática “en la nube”?

4. Habida cuenta de la importancia de la informática en la nube en el mundo actual de los negocios y de su creciente utilización a nivel nacional y en el contexto transfronterizo, sería útil que la CNUDMI se ocupara de las cuestiones jurídicas que afectan a las partes en un acuerdo de informática en la nube. La descripción de los riesgos jurídicos que implicaría la concertación de contratos de informática en la nube sería útil para los particulares a la hora de proteger sus intereses y de evaluar el modo en que llevan los negocios. El estudio por la CNUDMI de los servicios de informática en la nube a nivel transfronterizo también contribuiría al desarrollo del comercio internacional al reducir o al suprimir obstáculos para ese comercio y al determinar oportunidades de armonización de las prácticas y de las legislaciones.

5. La informática en la nube plantea cuestiones contractuales y otras cuestiones jurídicas. Si bien se han determinado los derechos de propiedad intelectual sobre los programas informáticos y las cuestiones de intimidad, inclusive la determinación de la ley aplicable a la intimidad, y si bien esos derechos y cuestiones pueden crear importantes problemas en la práctica, la propuesta actual excluye la propiedad intelectual y la intimidad del ámbito de la labor propuesta y se limita a las cuestiones contractuales que afectan a los receptores, clientes y usuarios de la informática en la nube y a cuestiones jurisdiccionales conexas. Se limita a la preparación de un documento en el que se describen las relaciones contractuales en la informática en la nube y las cuestiones jurídicas que se plantean en ese contexto. Se propone que, sin prescribir la forma de tal documento, se elabore una lista breve o una lista más detallada de consideraciones para los usuarios de la nube, similares a otros documentos de la CNUDMI en otros ámbitos, como las Notas sobre la organización del proceso arbitral (1996), El reconocimiento y la prevención del fraude comercial: indicadores del fraude comercial (2013), o la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992). En los párrafos que figuran a continuación se enuncian cuestiones que cabría tomar en consideración. La lista tiene por objeto ilustrar los aspectos contractuales que cabría examinar y no pretende ser exhaustiva.

6. En primer lugar, ¿cuáles son los deberes y responsabilidades de los participantes en acuerdos sobre servicios informáticos “en la nube”? Las normas de seguridad para los proveedores de esos servicios no están reguladas, dependen de afirmaciones que son difíciles de verificar para la mayoría de los clientes y están apoyadas por contratos que pueden ser difíciles de aplicar en la práctica debido a que los servidores pueden encontrarse en lugares desconocidos y estar vinculados con servidores desconocidos. Ello plantea el problema del deber de cumplimiento de las legislaciones nacionales, que en algunos casos pueden entrar en conflicto ¿Los deberes y responsabilidades pueden ejecutarse y asignarse en un contexto transfronterizo? ¿Qué deberes tiene el proveedor de servicios en cuanto a la preservación de la integridad de los datos? ¿De qué remedios se dispone cuando

haya quedado en entredicho la integridad de los datos? ¿Puede darse orientación a los proveedores de servicios y a los solicitantes sobre la evaluación y negociación de las obligaciones contractuales? Por ejemplo, ¿qué deberes tiene el proveedor de servicios respecto de las pérdidas comerciales debidas a que no se ha dispuesto del servicio? ¿En qué condiciones puede cancelarse un acuerdo sobre servicios de informática “en la nube”? ¿Qué pasa con los datos cuando se rescinde el contrato?

7. En segundo lugar, el acceso garantizado a los servidores de almacenamiento de datos en la nube requiere que se establezcan protocolos adecuados para la gestión de los datos de identidad. Parece un hecho ampliamente aceptado que todo sistema de gestión de datos de identidad se basa en gran medida en un marco contractual. En el marco contractual se asignan obligaciones, riesgos y responsabilidades. Ahora bien, ¿es aceptable cualquier marco contractual o habría que establecer criterios de buenas prácticas? Además, ¿cómo es aplicable la legislación interna de los Estados a los protocolos aceptados de gestión de datos de identidad? ¿Qué es lo que los tribunales aceptan como prácticas razonables y qué prácticas consideran negligentes?

8. En tercer lugar, el almacenamiento de datos se rige por un acuerdo contractual entre el proveedor de servicios y la persona (el solicitante) que desee tener los datos de la nube a la disposición de un grupo determinado de personas (normalmente empleados o clientes). Estos contratos contienen a menudo cláusulas normalizadas para los proveedores de servicios, pero también pueden negociarse entre las partes. ¿Quién tiene la propiedad de los datos en virtud de esos acuerdos? Los usuarios, si bien no suelen ser partes en los acuerdos contractuales, pueden verse afectados en sus derechos y obligaciones si utilizan informática “en la nube” (por ejemplo, cuando se ingresa y almacena información de carácter personal, cuando los usuarios por negligencia han dado acceso a los datos a terceros no autorizados). ¿Cómo se ven afectados los terceros y la información relacionada con terceros por los acuerdos de servicios de informática en la nube?

9. En cuarto lugar, el acuerdo de servicios de informática en la nube puede suscitar problemas de conflictos de leyes. Estos conflictos pueden producirse en relación con los distintos aspectos de los contratos, que por diferentes razones no se rigen por la misma ley. (Por ejemplo, en algunas situaciones los usuarios no son partes en los acuerdos de servicios y, por lo tanto, no se ven afectados por una cláusula de elección de la ley aplicable que figure en el acuerdo de servicios. En otras situaciones, mediante la aplicación de políticas de orden público de diversos Estados, inclusive la protección del consumidor, la legislación sobre la intimidad y sobre la protección de la información confidencial, entran en juego distintas legislaciones). Es probable que estos problemas se planteen cada vez con mayor frecuencia y resulten más complejos, habida cuenta de que muchos proveedores de servicios de informática en la nube utilizan lugares sujetos a varias jurisdicciones para sus servidores y operaciones.

10. Del mismo modo, la interacción entre la elección de la jurisdicción y las reglas jurisdiccionales, por una parte, y el orden público y los factores conexos empleados para determinar la jurisdicción de un tribunal, por otra, podrían causar importantes problemas en la práctica. Por ejemplo, si se eligiera la ley aplicable y la jurisdicción del Estado A entre el proveedor de servicios y el solicitante, ¿quedaría descartada la jurisdicción de los proveedores nacionales del Estado B en que se encontrara un usuario? De modo más general, ¿debería el receptor estar sujeto a los requisitos de

divulgación, aun cuando tuviera muy escasa relación con la jurisdicción que ordenara la divulgación?

11. En quinto lugar, ¿qué medidas prácticas y efectivas para limitar los riesgos deberían adoptar los proveedores de servicios? Por ejemplo, ¿debería alentarse a los proveedores de servicios a que ofrecieran un acceso de aspectos múltiples con diversos privilegios de acceso (por ejemplo, que no toda la información personal sobre una entidad fuera accesible a todos los usuarios)? ¿Habría que exigirles que informaran a los clientes potenciales de si existían o no esas salvaguardias y esos distintos criterios de acceso? ¿Deberían contratar un seguro de responsabilidad y quién debería ser responsable para asegurar contra un determinado riesgo? ¿La informática en la nube y las cuestiones jurídicas conexas serían diferentes según si se tratara del contexto gubernamental o del empresarial, y habría que aplicar distintos criterios? ¿Debería requerirse del proveedor de servicios que revelara que podía concederse acceso a los datos a una determinada autoridad estatal dotada de poderes especiales de investigación? ¿Bastaría con la existencia de legislación sobre la protección de la información personal y el cumplimiento de la legislación por el proveedor de servicios para exonerar a este último de responsabilidad?

IV. Labor que debería desempeñar la CNUDMI

12. La Comisión podría solicitar a la Secretaría que recopilara información sobre la informática en la nube y, en particular, sobre el almacenamiento de datos, los programas informáticos como servicio, y otras soluciones de la informática en la nube, y que preparara un documento en que se describieran las prácticas existentes. Cuando procediera, el documento podría subrayar los riesgos potenciales derivados de las prácticas seguidas en relación con los conflictos de leyes, la falta de disposiciones legislativas nacionales de apoyo que dieran efectividad a los acuerdos relacionados con el almacenamiento de datos, y la falta de armonización entre las legislaciones nacionales. Esta labor podría realizarse en colaboración con la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, donde se examinan problemas de conflictos de leyes. El documento podría explicar en qué casos se requerirían buenas prácticas basadas en la prueba de ausencia de recursos legales, de un desequilibrio percibido entre los derechos y obligaciones de los participantes de la informática en la nube o en otras pruebas. Por último, el documento podría señalar la labor realizada por otras organizaciones respecto de la informática en la nube, concretamente en relación con la intimidad y la protección de la información personal, a fin de determinar si había deficiencias en el marco del derecho mercantil internacional. El Grupo de Trabajo podría entonces utilizar el documento para determinar las cuestiones que requirieran una solución legislativa práctica u otras soluciones y deliberar sobre la posible labor futura.