

El impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en el régimen contractual mexicano

The impact of information technology and communication in Mexican contractual system

Víctor Amaury Simental Franco*

RDP

RESUMEN

Se hace un análisis de la legislación mexicana en materia contractual y el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación en dicho régimen. Se distingue la forma en que la legislación federal contempló el fenómeno a regular, a partir del derecho mercantil; comparándolo con su equivalente en el derecho civil. De igual modo se estudia la forma en que se ha legislado en el fuero común. Se alude a las situaciones que deberán ser consideradas para que la legislación observe el amplio abanico de problemas que pueden presentarse al realizarse contratos con el auxilio de estas nuevas tecnologías.

PALABRAS CLAVE: tics, contrato, internet, legislación civil.

ABSTRACT

This paper analyzes Mexican law regarding contracts and the impact of information technology and communication in such system. It distinguishes the way in which federal legislation evaluated the phenomenon to be regulated, from commercial law perspective, compared to its equivalent in civil law. Additionally it studies the regulation of such matter under federal state legislation. It refers to situations that should

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Comentarios al correo electrónico: simental_franco@yahoo.com.mx.

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

be considered in order for legislation to observe the wide scope of problems that can arise when performing contracts with the help of these new technologies.**

KEY WORDS: tics, contract, Internet, civil law.

Sumario

1. Introducción
2. Régimen legal vigente en la materia
 - A. Régimen constitucional
 - B. Código de Comercio
 - C. Código Civil Federal
 - D. Código Federal de Procedimientos Civiles
 - E. Ley Federal de Protección al Consumidor
3. Anomia legal en la materia contractual y las tics
 - A. Regla constitucional
 - B. Anomias en la legislación federal
 - C. Anomias en el ámbito local

1. Introducción

La fase finisecular del siglo XX tuvo como uno de sus actores protagónicos a la Internet, la aparición en la década de los noventa y su singular masificación posterior, genero efectos impredecibles en todos los órdenes de la convivencia social, vinculado con el fenómeno de la *globalización*, se gestó una combinación a la cual México no escapó.

Las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante tics) aluden a un concepto más amplio, sin duda, de lo que es el Internet, pero dado que es éste quien ocupa la figura central de aquéllas, es en él donde enfocaremos el desarrollo temático.

Internet es definido como: una red de redes de ordenadores, que permite a éstos comunicarse de forma directa y transparente, compartiendo información y servicios a la mayor parte del mundo.¹

** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, <http://www.solcargocom.mx>.

¹ Esebbag Benchimol, Carlos y Martínez Valero, Julián, *Internet*, Madrid, Anaya Multimedia, 1998, p. 23.

La definición antes expuesta es escueta en cuanto a la enorme trascendencia social (en sentido amplio) que ha generado el Internet, en el ámbito legal, sería excepcional la rama del derecho que es ajena a alguna implicación causada por esta invención, así el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho fiscal, el derecho constitucional, el derecho mercantil y el derecho civil, por mencionar aquellas disciplinas jurídicas que más significativamente fueron tocadas por el suceso informático.

En el campo del derecho privado, los actos convencionales y las obligaciones son dos de las instituciones jurídicas sobre las cuales el Internet tuvo un efecto más evidente.

Consideramos que el criterio seguido por las corrientes doctrinarias que objetan la posibilidad de gestar una nueva categoría contractual, cuando el contrato se ha realizado por medio del Internet o de alguna otra tecnología óptica o electrónica (tics en su significación más amplia), lo mismo por lo que hace a la obligación consecuyente a un contrato o convenio generado a través de estas tecnologías.

En realidad el Internet no altera la esencia del acto convencional, lo que si tiene, son efectos sin duda importantes en la manera en que se perfecciona el consentimiento.

2. Régimen legal vigente en la materia

El Poder Legislativo de la Federación asumió la responsabilidad de legislar en la materia cuando el uso masivo del Internet ya era una realidad en México, así, el 23 y el 29 de mayo de 2000 entraron en vigor reformas en los Códigos de Comercio, Civil y de Procedimientos Civiles Federales, respectivamente, que contemplaron las transacciones hechas vía Internet y posibles mecanismos jurídicos que contribuyan a solucionar hipotéticas controversias judiciales; a fin de proveer de mejores mecanismos legales, el Código de Comercio nuevamente fue reformado y adicionado el 29 de agosto de 2003 en materia de firma electrónica.

Los cuerpos normativos que sufrieron modificaciones al respecto, son los siguientes:

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

- El Código Civil Federal (29 de mayo de 2000 son separados el Código Civil Federal del Código Civil para el Distrito Federal).
- El Código Federal de Procedimientos Civiles.
- El Código de Comercio.
- La Ley Federal de Protección al Consumidor.

A. *Régimen constitucional*

La CPEUM, en los artículos 124 y 133, indica lo siguiente:

Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Conforme a lo anterior artículo, tenemos que en nuestro país existe una división de atribución de facultades delimitadas por los ámbitos federales y estatal. Y, por otra parte, no solamente existe legislación interna con respecto a las transacciones hechas vía Internet, sino que también existen tratados internacionales que la abordan (aunque sea de modo tangencial, y refiriéndose al tratamiento de la información y confidencialidad de la misma), como lo es el TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte).

Las reformas publicadas el 29 de mayo de 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es una crítica, ya que la finalidad de la citada ley, es

lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas, debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, idioma, ni raza.

Razones por las cuales se justifica que los distintos Estados de la comunidad internacional, aprueben una legislación interna que sea en la medida de lo posible lo más similar posible, para evitar fraudes a la ley, y también para darle mayor certeza a los usuarios de estos sistemas de comunicación cuando los utilicen como medio para la celebración de contratos. Lo cual indudablemente deberá contribuir de manera significativa al establecimiento de relaciones comerciales internacionales armoniosas.

Hay que reconocer que la reforma a los distintos ordenamientos legales que a continuación se indican, fue un buen trabajo legislativo; no se dejó pasar mucho tiempo para dar respuesta y solución jurídica a una problemática relativamente reciente, razón para aplaudir al Poder Legislativo Federal; se escucharon las sugerencias de los asesores especialistas en la materia, situación que se deja sentir en la terminología utilizada, que evita errores y malas interpretaciones; sin embargo la reforma es perfectible en muchos aspectos.

B. *Código de Comercio*

Actualmente el Código de Comercio regula, en el Título Segundo del Libro Segundo, lo relativo al comercio electrónico. Debe tenerse presente que en México el derecho mercantil es del fuero federal, por mandato constitucional, tal como lo dispone el artículo 73, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123;

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

Sin duda, el contenido de la legislación mercantil supera con mucho la correlativa civil en lo concerniente a las tics y la institución contractual, no solamente contempló el pleno reconocimiento del consentimiento a través de estas nuevas tecnologías, sino ha integrado los instrumentos para tutelar la seguridad jurídica de las partes, por medio del auxilio de la firma electrónica avanzada y de los fedatarios públicos respectivos.

C. Código Civil Federal

Los artículos 1803, 1805 y 1811 fueron reformados para regular las convenciones realizadas con el auxilio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1805. Cuando 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.

Artículo 1811. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.

D. *Código Federal de Procedimientos Civiles*

El artículo 210-A que regula las pruebas y la valoración de éstas en materia de las nuevas tecnologías, actualmente dispone lo siguiente.

Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente 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.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que tal 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.

E. *Ley Federal de Protección al Consumidor*

A la Ley Federal de Protección al Consumidor le fue añadido el artículo 76 bis:

Artículo 76 bis. Las disposiciones del presente Capítulo aplican a las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. En la celebración de dichas transacciones se cumplirá con lo siguiente:

I. El proveedor utilizará la información proporcionada por el consumidor en forma confidencial por lo que no podrá difundirla o transmitirla a otros proveedores ajenos a la transacción, salvo autorización expresa del propio consumidor o por requerimiento de autoridad competente;

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

II. El proveedor utilizará alguno de los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por el consumidor e informará a éste, previamente a la celebración de la transacción, de las características generales de dichos elementos;

III. 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;

IV. El proveedor evitará las prácticas comerciales engañosas respecto de las características de los productos, por lo que deberá cumplir con las disposiciones relativas a la información y publicidad de los bienes y servicios que ofrezca, señaladas en esta Ley y demás disposiciones que se deriven de ella;

V. 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;

VI. 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

VII. 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.

3. Anomia legal en la materia contractual y las tics

A. Regla constitucional

La CPEUM dispone en su artículo 124 que las facultades que no estén expresamente conferidas a las autoridades federales están reservadas a los estados.

En consecuencia, siempre ha sido considerada la materia civil, el llamado derecho común, competencia de las entidades federativas.

Los contratos civiles evidentemente siguen esta regla y por tanto son materia de regulación por las leyes locales, de hecho así ha sido y los 32 códigos civiles que rigen en los ámbitos locales reglan la materia contractual.

En el foro legal se llega a mencionar que mediante las reformas a la legislación secundaria el Legislativo Federal convirtió a los actos convencionales celebrados por Internet en materia federal, sin embargo el Legislativo Federal no está facultado para modificar de esta manera el entramado legal mexicano, en todo caso, incluir esta materia en el ámbito de atribuciones federales debe pasar por el proceso de modificación constitucional respectiva, y mientras esto no suceda la materia sigue siendo potestad del fuero común.

B. Anomias en la legislación federal

El tino que implica que el legislativo federal haya regulado las transacciones realizadas vía Internet, se diluye cuando se contrasta su contenido con la realidad a la cual intenta regular. En este rubro debe tenerse presente que el único punto en el cual tiene aplicación el Código Civil Federal (CCF) es en la supletoriedad que tiene respecto de su par mercantil, tenemos que mientras la normativa mercantil abarca 26 artículos (el 80, y del 89 al 114) muchos de los cuales son copia textual de la Ley Modelo de la UNCITRAL,² lo cual debe valorarse como un acierto, en tanto las reglas civiles se circunscriben a sólo tres artículos.

El artículo 1805, que alude a los contratos que se celebrados utilizando las tics seguirán las reglas de los contratos realizados entre sujetos presentes, precisamente demuestra el desconocimiento del funcionamiento del Internet en la realidad; lo cual puede acontecer de los modos siguientes:

1. Contratos celebrados desde una página web.
2. Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia.

² UNCITRAL, siglas relativas a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI (UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

3. Contratos concluidos por medio de correo electrónico (*e-mail*).
4. Contratos celebrados a través de una subasta electrónica.

Son cuatro modos diferentes, cada uno requiere de reglas específicas, dado que no todos tienen las mismas características del teléfono.

C. Anomías en el ámbito local

Si es objeto de crítica el legislativo federal por no haber apuntado a detalle las herramientas del Internet que deben ser materia de regulación en el campo contractual, más lo son los congresos estatales que han omitido regular un campo de notoria vitalidad.

Por el contrario son dignos de reconocimiento los poderes legislativos estatales que han llevado a cabo adecuaciones a su orden normativo a fin de atender la contratación a través de las tics.

No existe justificación alguna para la parálisis legislativa en el Distrito Federal y en 19 entidades federativas, menos aún si se tiene presente que el legislativo federal desde el año 2000 propicio la inicial regulación al respecto, y que con todo y los defectos apuntados constituye un primer paso con suficiente *ratio iuris*.

La falta de reglas específicas en este rubro puede dar pie a litigios resueltos con criterios totalmente divergentes, pero sobre todo, añadir más temas en los cuales la sociedad perciba injusticias derivadas del actuar omiso del Estado.

Los estados de la República mexicana que han reformado su legislación civil para atender la problemática aludida son los siguientes:

- Baja California (artículos 1690, 1692 y 1698);
- Guanajuato (artículos 1291, 1293, 1299-A);
- Guerrero (artículos 1603 y 1604);
- Jalisco (artículo 1273);
- México (artículos 7.45, 7.46 y 7.51);
- Michoacán (artículos 969, 971 y 977);
- Nayarit (artículos 1176, 1178 y 1184);
- Nuevo León (artículos 1700, 1702 y 1708);

- Puebla (artículo 1460);
- Tabasco (artículo 1928),
- Veracruz (artículo 1744) y
- Yucatán (artículo 1002).

Tal como se puede apreciar en el cuadro, no existe una uniformidad en el contenido normativo, mientras que varios estados copiaron el texto seguido en el Código Civil Federal, otros optaron por una regulación diversa.

Como corolario, tenemos tres grupos entre los estados integrantes de la República mexicana, por una parte aquellos que han legislado siguiendo la guía del CCF, un segundo sector que alude a la materia, pero de manera menos integral a la concebida por el CCF, y finalmente un tercer grupo que ha omitido legislar en la materia.

Los estados que al momento tienen alusión normativa en la materia, deberán adecuar su legislación conforme a los patrones sugeridos para el CCF.

ENTIDADES FEDERATIVAS DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
 CON LEGISLACIÓN SUSTANTIVA EN MATERIA DEL CONSENTIMIENTO
 REALIZADO CON AUXILIO DE LAS TICS

<i>Entidad federativa</i>	<i>Legislación idéntica a la contenida en el CCF</i>	<i>Legislación con inferior tratamiento a la contenida en el CCF</i>
Baja California	Artículos 1690, 1692 y 1698*	
Guanajuato	Artículos 1291, 1293, 1299-A**	
Guerrero		Artículos 1603 y 1604
Jalisco		Artículo 1273
México		Artículos 7.45, 7.46 y 7.51
Michoacán	Artículos 969, 971 y 977	
Nayarit	Artículos 1176, 1178 y 1184	
Nuevo León	Artículos 1700, 1702 y 1708***	
Puebla		Artículo 1460
Tabasco		Artículo 1928
Veracruz		Artículo 1744
Yucatán		Artículo 1002

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO

* El artículo equivalente en el CCF es el 1811, respecto al cual no tiene una redacción idéntica: artículo 1698. La propuesta y aceptación hechas por telégrafo medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, sí los originales de los respectivos telegramas, o documentos digitales contienen las firmas de los contratantes y los signos electrónicos o convencionales establecidos entre ellos.

** Si bien, el artículo 1299-A no es exactamente igual al 1811 en lo concerniente al efecto de las tics en la formación del consentimiento tiene una redacción idéntica.

*** La redacción del artículo 1708 no es la misma que la de su equivalente, el artículo 1811: artículo 1708...

Se reconocerá plena validez y fuerza obligatoria a la propuesta o aceptación de la misma hechas mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o a través de cualquier otro medio tecnológico.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año II, núm. 3, enero-junio 2013