

IV. INTERCAMBIO ELECTRÓNICO DE DATOS: CUESTIONES JURÍDICAS

**Intercambio electrónico de datos: informe del Secretario General
(A/CN.9/350) [Original: inglés]**

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-10
I. ACTIVIDADES EN CURSO DE DIVERSAS ORGANIZACIONES	10-60
A. Comisión de las Comunidades Europeas	12-26
1. Labor emprendida en el marco del programa TEDIS 1	12-24
2. Labor futura en el marco del programa TEDIS 2	25-26
B. Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional (WP.4)	27-44
1. Reseña del programa de acción	28-30
2. Lista de proyectos aprobados por el Grupo de Trabajo (WP.4)	31-44
a) Acuerdos de intercambio	32-34
b) Parte jurídica del UN/TDID	35
c) Títulos negociables	36-37
d) Comercio Internacional — Obstáculos nacionales, legales y de prácticas comerciales	38-39
e) Autenticación electrónica; definición de mensajes electrónicos y sus "firmas"	40-41
f) Coordinación con otros órganos	42-44
C. Cámara de Comercio Internacional (CCI)	45-48
D. Comité Internacional de Transportes Ferroviarios (CIT)	49-51
E. Unión Internacional de Transportes por Carretera	52-53
F. Comité Marítimo Internacional (CMI)	54
G. El informe del Observatoire juridique des technologies de l'information (Francia)	55-60
II. ACUERDOS SOBRE INTERCAMBIO	61-108
A. El requisito de la forma escrita	67-91
1. Definición de los mensajes EDI como documentos escritos	68-76
a) Definición general del EDI como papel	69
b) Definición de una comunicación EDI con importancia jurídica	70-76
2. Renuncia de derechos respecto de una comunicación por EDI	77-78
3. Valor probatorio de los mensajes transmitidos por EDI	79-91
a) Reglas contractuales sobre la admisibilidad de pruebas	79-83
b) El requisito de un original	84-85
c) Autenticación de los mensajes transmitidos por EDI	86-89
d) Valor probatorio de los registros informatizados	90-91
B. Otras cuestiones jurídicas relacionadas con la formación de los contratos	92-108
1. Acuse de recibo de los mensajes	92
2. Consentimiento, oferta y aceptación	93-94
3. Condiciones generales	95-96
4. Fecha y lugar de la formación del contrato	97-100
5. Responsabilidad por defecto o error en la comunicación	101-103
6. Títulos negociables	104-108

	Párrafos
III. POSIBLE LABOR DE LA COMISIÓN	109-113
A. Acuerdo uniforme de comunicaciones	109-111
B. Otras posibles actividades futuras	112-113

INTRODUCCIÓN

1. La Comisión, en su 17.º período de sesiones celebrado en 1984, decidió incluir el tema de las consecuencias jurídicas del procesamiento automático de datos para la corriente del comercio internacional como tema prioritario de su programa de trabajo¹.

2. En su 18.º período de sesiones celebrado en 1985, la Comisión tuvo ante sí un informe de la Secretaría sobre el valor jurídico de los registros computadorizados (A/CN.9/265). En ese informe se llegó a la conclusión de que, en el plano mundial, se presentaban menos problemas para emplear como prueba en los litigios los datos almacenados en computadoras de los que podrían haberse esperado. Se observó que un obstáculo jurídico más grave para la utilización de computadoras y de las telecomunicaciones de computadora a computadora en el comercio internacional derivaba de los requisitos de que los documentos estuvieran firmados o constaran en un escrito sobre papel. Tras el examen del informe, la Comisión aprobó una recomendación, cuyas disposiciones sustantivas son las siguientes:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,

a) Recomienda a los gobiernos que:

- i) examinen las normas jurídicas que afectan la utilización de registros de computadora como prueba en los litigios, a fin de eliminar obstáculos innecesarios a su admisión, asegurarse de que las normas sean coherentes con las novedades de la tecnología y proporcionar medios apropiados para que los tribunales evalúen el crédito que merezcan los datos contenidos en esos registros;
- ii) examinen las exigencias legales de que determinadas operaciones comerciales o documentos relacionados con el comercio consten por escrito, tanto si la forma escrita es una condición para su eficacia como si lo es para la validez de la operación o el documento, con miras a permitir, según corresponda, que la obligación o el documento se registren y transmitan en forma legible mediante computadora;
- iii) examinen los requisitos jurídicos de una firma manuscrita u otro método de autenticación sobre papel en los documentos

relacionados con el comercio, con miras a permitir, según corresponda, la utilización de medios electrónicos de autenticación;

- iv) examinen los requisitos jurídicos de que los documentos deban, para ser presentados a las autoridades, constar por escrito y estar firmados de puño y letra, con miras a permitir que esos documentos se presenten en forma legible mediante computadora a los servicios administrativos que hayan adquirido el equipo necesario y fijado los procedimientos aplicables;

*b) Recomienda a las organizaciones internacionales que elaboren textos jurídicos relacionados con el comercio que tengan en cuenta la presente recomendación al adoptar esos textos y, según corresponda, estudien la posibilidad de modificar los textos jurídicos vigentes en armonía con ella.”*²

3. Esa recomendación (a la que nos referiremos en adelante como la Recomendación de la CNUDMI de 1985) fue aprobada por la Asamblea General en el inciso *b*) del párrafo 5 de su resolución 40/71, de 11 de diciembre de 1985, en los siguientes términos:

“La Asamblea General,

... Pide a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando así convenga, adopten medidas de conformidad con la recomendación de la Comisión a fin de garantizar la seguridad jurídica en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional; ...”

4. En sus períodos de sesiones 19.º y 20.º (1986 y 1987, respectivamente), la Comisión tuvo ante sí otros dos informes sobre los aspectos jurídicos del procesamiento automático de datos (A/CN.9/279 y A/CN.9/292), que describían y analizaban la labor de las organizaciones internacionales activas en esa esfera.

5. En su 21.º período de sesiones (1988), la Comisión consideró una propuesta de que se examinase la necesidad de elaborar principios jurídicos aplicables a la formación de contratos mercantiles internacionales con medios electrónicos, particularmente mediante pantallas de exposición visual. Se observó que no había en ese momento una estructura jurídica refinada para el importante y rápidamente creciente campo de la formación de contratos con medios electrónicos y que la labor futura en esa esfera podría contribuir a colmar una laguna jurídica y a reducir

¹Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 17.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/39/17)*, párr. 136.

²*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/40/17)*, párr. 360.

la incertidumbre y las dificultades con que se tropezaba en la práctica. La Comisión pidió a la Secretaría que preparase un estudio preliminar sobre el tema³.

6. En su 22.º período de sesiones (1990), la Comisión tuvo ante sí el informe que había solicitado, titulado "Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos" (A/CN.9/333). En el informe se toma nota de que en los anteriores informes se ha examinado ese tema bajo el epígrafe general de "procesamiento automático de datos" (PAD) pero que, en años más recientes, se ha difundido el empleo del término "intercambio electrónico de datos" (EDI) para describir el empleo de computadoras en las operaciones comerciales.

7. El informe contiene una reseña de la labor que han emprendido las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de América en lo tocante al requisito de la forma escrita, así como de otros problemas que se habían observado en relación con la concertación de contratos por medios electrónicos. Examina los esfuerzos por superar algunos de esos problemas mediante acuerdos modelo sobre comunicaciones. En el informe se sugiere que podría pedirse a la Secretaría que presente un nuevo informe al período de sesiones siguiente de la Comisión donde se indiquen las novedades registradas durante el año en otras organizaciones que tuviesen que ver con las cuestiones jurídicas que el EDI suscita. Ese informe podría analizar también los acuerdos modelo sobre comunicaciones ya existentes o propuestos, con miras a considerar la posibilidad de aplicar un acuerdo modelo en todo el mundo y, en tal caso, recomendar que fuera la Comisión la que se encargase de elaborarlo.

8. La Comisión pidió a la Secretaría que prosiguiera su examen de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos y que preparase para la Comisión, con destino a su 24.º período de sesiones, el informe sugerido. La Comisión expresó el deseo de que el informe le sirviera de base para decidir en esa ocasión los trabajos que podría emprender la Comisión en esa materia⁴.

9. El presente informe se divide en tres partes. La primera describe la labor recientemente emprendida por otras organizaciones en relación con los aspectos jurídicos del EDI. La segunda parte examina, y compara brevemente, la forma en que esas cuestiones jurídicas se regulan en los distintos acuerdos sobre comunicaciones, reglas modelo u otros documentos de índole contractual que han sido preparados para los usuarios del EDI. La tercera parte contiene un breve examen de temas en los que podría trabajar la Comisión en la esfera del EDI.

I. ACTIVIDADES EN CURSO DE DIVERSAS ORGANIZACIONES

10. Las organizaciones internacionales a cuya labor se refiere esta parte del informe tienen su sede en Europa,

³Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/43/17), párrs. 46 y 47.

⁴Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/45/17), párrs. 34 a 40.

aunque algunas de ellas cuentan también con miembros no europeos. Esto indica que el empleo del EDI en el comercio internacional se está desarrollando con más intensidad en Europa y América del Norte. No obstante, cabe prever que otras partes del mundo en un futuro próximo seguirán las innovaciones que tienen lugar en Europa.

11. Cabe también señalar que, salvo el Comité Marítimo Internacional (CMI), las organizaciones internacionales de cuya labor se informa en esta primera parte no se ocupan principalmente de la unificación de las normas jurídicas. Esas organizaciones, en cambio, se interesan principalmente en los aspectos técnicos y administrativos del EDI. Puede darse el caso que una organización internacional se ocupe de los aspectos del EDI porque su mandato comprenda las telecomunicaciones en general. Éste es, por ejemplo, el caso del Programa TEDIS, que se lleva a cabo en el marco de la Dirección General No. XIII (Telecomunicaciones, Industrias e Innovación de la Información) de la Comisión de las Comunidades Europeas. También es posible que una organización internacional se ocupe del desarrollo del EDI debido a la importancia que tienen las nuevas técnicas de comunicación para facilitar el comercio internacional. Éste es, por ejemplo, el caso de la Cámara de Comercio Internacional y del Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional (WP.4) de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa. Además es posible que una organización internacional se ocupe de la repercusión del EDI en las prácticas comerciales de determinado tipo de actividad económica. Éste es el caso del Comité Internacional de Transportes Ferroviarios y de la Unión Internacional de Transportes por Carretera. Ambas organizaciones han establecido programas jurídicos como complemento de su actividad principal.

A. Comisión de las Comunidades Europeas

1. Labor emprendida en el marco del programa TEDIS 1

12. La primera fase del programa TEDIS (Trade Electronic Data Interchange Systems) fue puesta en práctica por la Comisión de las Comunidades Europeas en 1988 y 1989 (véase A/CN.9/333, párrafo 15). La decisión de ocuparse de los aspectos jurídicos en ese programa se basó en la hipótesis de que el estatuto jurídico de los mensajes de EDI, su validez contractual y valor probatorio serán factores fundamentales para el desarrollo del EDI, tanto en el sector público como en el privado. En consecuencia, la primera actividad del TEDIS en esta esfera fue determinar las cuestiones jurídicas que podrían oponer obstáculos al EDI.

13. El Informe sobre las actividades del TEDIS, presentado en julio de 1990, señaló como obstáculos al EDI los distintos requisitos jurídicos impuestos por reglamentos y prácticas resultantes básicamente de un predominio de la forma y de la firma escritas. En el Informe sobre las actividades llevadas a cabo se observó que toda obligación de emitir, transmitir o conservar documentos en papel o firmados constituye evidentemente un obstáculo para el EDI⁵.

⁵Programa TEDIS 1988-1989, Informe sobre las actividades llevadas a cabo (Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, COM(90) 361 final, 25 de julio de 1990), pág. 10 y sig.

14. La Comisión de las Comunidades Europeas había preparado un estudio sobre las obligaciones jurídicas de emitir, transmitir o conservar documentos en papel o con una firma manuscrita en los Estados Miembros. El estudio, titulado "TEDIS — Situation juridique des Etats membres au regard du transfert électronique de données (denominado en adelante estudio TEDIS), se distribuyó en 1990 y actualmente puede obtenerse en francés e inglés⁶.

15. El estudio TEDIS se resumió en el documento A/CN.9/333, párrafos 15 a 41. Examina la legislación de los Estados miembros de la Comunidad Europea que utilizan dos enfoques diferentes: uno "vertical", que analiza la legislación de cada uno de los Estados Miembros, y otro "horizontal", que analiza las restricciones impuestas por la obligación de emitir documentos escritos en papel y firmados establecida en diferentes ordenamientos jurídicos.

16. El análisis se orientó hacia estos últimos requisitos, y el predominio de la escritura y la firma manuscrita se consideraron como un aspecto prioritario. Observa que en esferas tales como el transporte, la forma de pago, o la solución de controversias jurídicas se requieren documentos probatorios en papel, lo que representa un obstáculo fundamental para el desarrollo del EDI.

17. El estudio TEDIS permitió establecer la tipología de las restricciones actuales. Esas restricciones son fundamentalmente de tres tipos:

- las vinculadas a la obligación impuesta en determinadas esferas del derecho, a menudo en distintas formas según los Estados Miembros, de extender, emitir, expedir o conservar documentos en papel firmados, por razones derivadas de la validez misma del instrumento jurídico de que se trata o de la validez como prueba de la información que contiene;
- los obstáculos relacionados con las exigencias de la prueba, que pueden considerarse desde el punto de vista del derecho de tradición romanística o del derecho anglosajón; se señala a la atención el carácter elusivo de la información transmitida por EDI y la dificultad concomitante de establecer pruebas de lo que ha sido intercambiado;
- las dificultades relativas a la determinación del momento y del lugar exactos del perfeccionamiento o conclusión de las operaciones realizadas a través del EDI.

18. El informe llega a la conclusión de que un obstáculo básico para el empleo del EDI nace del requisito de la prueba escrita, especialmente en las esferas del transporte (el conocimiento de embarque negociable), las formas de pago (cheque, letra de cambio, carta de crédito), y la solución de controversias (aunque los acuerdos internacionales han solucionado algunos de los problemas en esta esfera).

⁶TEDIS—The legal position of the Member States with respect to Electronic Data Interchange (Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, septiembre de 1989).

19. Habida cuenta de los acuerdos concertados con los Estados miembros de la AELC, se hicieron planes para incluir en el análisis a esos países. El correspondiente informe estará terminado a fines de 1991.

20. El programa TEDIS coordinó parte de la labor de los distintos grupos de trabajo en materia jurídica establecidos en Europa para ocuparse de las cuestiones relacionadas con el EDI. Por ejemplo, participó en reuniones celebradas por el grupo jurídico asesor de la Asociación EDI del Reino Unido (UK-EDIA) para la preparación del "Acuerdo Modelo sobre Intercambio", terminado en 1989. La Comisión está redactando un acuerdo modelo con la cooperación de juristas que participan en los grupos de trabajo sobre aspectos jurídicos de los proyectos sectoriales y del UK-EDIA.

21. Por último, la Comisión de las Comunidades Europeas prevé publicar en un futuro próximo determinados informes sobre las siguientes cuestiones: celebración de contratos, responsabilidad de los operadores de redes y terceros encargados de la certificación y servicios similares.

22. *Celebración de contratos.* Se prevé que el informe sobre este tema analizará la repercusión del EDI en la celebración de contratos y formulará propuestas de reformas o cambios en la legislación. El informe examinará los aspectos jurídicos de los contratos celebrados a través del EDI (en el sentido de la transmisión de datos estructurados sobre la base de mensajes tipificados aprobados, por medios electrónicos entre computadoras). Se supone que el informe se ocupará en particular de: los principios que determinan el momento y el lugar de la celebración del contrato; la repercusión sobre estos dos factores (fecha y lugar) de la participación de uno o varios intermediarios (servicios de valor añadido, cámaras de compensación, etc.); lo relativo a la transmisión de las condiciones generales del contrato; y la revocabilidad de las ofertas. El análisis tendrá el carácter de un estudio de derecho comparado. Se prevé que el informe se habrá terminado a fines de 1991.

23. *La responsabilidad de los operadores de redes.* El informe sobre este tema analizará la situación de los operadores de redes (sectores público y privado), los proveedores de redes y los proveedores de servicios en lo tocante a su responsabilidad por la transmisión de mensajes de EDI y formulará propuestas para la armonización que resulte necesaria a nivel europeo. El análisis también intentará determinar hasta qué punto las empresas soportan, o soportarán, los riesgos inherentes a la transmisión de los mensajes de EDI, tales como las demoras, errores, omisiones, fraude, etc. y, en particular, hasta qué punto serán responsables de los daños resultantes de esos problemas o si esos daños correrán a cargo de terceros. Cuando sea necesario se harán propuestas para mejorar la situación y favorecer el equilibrio.

24. *Terceros encargados de la certificación y de servicios similares.* El informe sobre este tema consistirá en un análisis de los órganos existentes en Europa, o cuya existencia se prevé, que cumplen las funciones de un tercero encargado de mantener un registro fiable de mensajes de EDI. El informe describirá o definirá los modelos que pueden preverse para esos terceros y la medida en la que atenderán

las necesidades jurídicas de los usuarios, en especial con respecto a la utilización posterior de los datos electrónicos como prueba. Se examinarán y definirán las características que deberán tener esos modelos basándose en las funciones que han de desempeñar.

2. *Labor futura en el marco del programa TEDIS 2'*

25. La Comisión de las Comunidades Europeas ha preparado un programa de trabajo para la segunda fase del programa TEDIS que está por recibir la aprobación definitiva. Esta segunda fase durará aproximadamente unos 36 meses, y por ahora se prevé que se iniciará el 1.º de julio de 1991. Las medidas de carácter jurídico que han de adoptarse en la segunda fase del programa TEDIS estarán directamente vinculadas a la aplicación del "intercambio sin papel".

26. El programa de trabajo se describe como sigue:

Se proseguirá el estudio de las cuestiones referentes a la celebración de contratos, a la responsabilidad de los operadores de redes y a los terceros encargados de la certificación o de servicios similares (notaría electrónica). Asimismo, se determinarán los aspectos en que es necesario proceder a la armonización o a la adaptación de la legislación.

Para 1991 se finalizará un convenio modelo que servirá de marco básico para los acuerdos de EDI y al que podrán remitirse las empresas europeas y, en su caso, los operadores de redes.

El valor probatorio y jurídico de los mensajes de EDI, al igual que la desaparición física de documentos básicos del derecho mercantil, tales como los conocimientos de embarque, las cartas de crédito, etc., plantean numerosos problemas legales. Sería conveniente elaborar en breve un documento de debate y, una vez efectuadas las consultas pertinentes, preparar los instrumentos jurídicos adecuados.

B. Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional (WP.4)

27. En marzo de 1990, el Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional (WP.4) de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa,

pidió a sus relatores sobre cuestiones jurídicas que establecieran, en colaboración con un Grupo especial, un programa de acción detallado sobre los aspectos jurídicos del intercambio de datos comerciales, indicando prioridades y propuestas concernientes a los recursos que se necesitarían para ejecutar ese programa. El Grupo especial estaría integrado por los Estados Unidos,

Francia, el Reino Unido, Rumania, Suiza, la CNUDMI, la Comunidad Económica Europea y la Cámara de Comercio Internacional. Nueva Zelandia contribuirá por correspondencia a la preparación del programa de acción. (Véase TRADE/WP.4/171, párrafo 19.)

La Secretaría de la CNUDMI ha participado en dos reuniones del Grupo especial y en las reuniones del Grupo de Trabajo.

1. *Reseña del programa de acción*

28. En el 33.º período de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrado en marzo de 1991, se adoptó un programa de acción sobre los aspectos comerciales y jurídicos de la facilitación del comercio. Ese documento (TRADE/WP.4/R.697) brinda un panorama de la situación, propone una estructura de trabajo y contiene descripciones de proyectos y tareas concretas que integran el programa de acción. También se adjunta a ese documento una lista de documentos anteriores pertinentes publicados por el Grupo de Trabajo. A continuación se citan algunos párrafos significativos del programa de acción.

La tarea fundamental del Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites del comercio internacional consiste en velar por que se elimine el papeleo burocrático del comercio internacional a fin de facilitar el comercio y disminuir sus costos. La burocracia no solamente ha sido creada por las administraciones; también han contribuido los bancos, los porteadores, los aseguradores, los puertos, etc., e incluso las partes en las actividades comerciales.

Al tratar de identificar el carácter que tienen las cuestiones abordadas, se reconoció que corresponde concentrarse en las prácticas comerciales y oficiales y en la forma en que la legislación (sea comercial, nacional o internacional) afecta esas prácticas. Esto es especialmente válido con respecto al empleo de nuevas técnicas, tales como el EDI, y a los "problemas jurídicos" percibidos en las prácticas comerciales y oficiales (reglamentarias).

El EDI constituye un cambio tan significativo en la práctica que algunos usuarios al comienzo ven "problemas" donde en realidad no los hay, de modo que se reconoce que algunos problemas tal vez solamente requerirán una mayor información acerca de los cambios en las prácticas comerciales y no la búsqueda de nuevas soluciones jurídicas.

El EDI por sí solo genera otros tipos de prejuicios. Algunos expertos han sugerido que se atribuyan características a los documentos de EDI que nunca se habían atribuido a sus equivalentes en papel (por ejemplo, ciertas ideas sobre la seguridad son tales que, si se consideran acertadas, cabría preguntarse por qué no se envían todos los documentos por correo certificado). Otra forma de plantearlo es que, en la mayoría de los casos, es la función comercial/oficial (por ejemplo, una orden de compra, un permiso de importación) la que reviste importancia en cuanto al nivel de seguridad requerido, no el medio (por ejemplo, papel, fax, EDI).

⁷Esta subsección contiene un resumen de las indicaciones enunciadas en la *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre el Intercambio Electrónico de Datos (EDI) utilizando las redes de servicios telemáticos* (Bruselas, Comisión de las Comunidades Europeas, COM (90) 475 final, 7 de noviembre de 1990), pág. 10.

Por último hay que admitir que, por lo menos en los países de derecho anglosajón, ya hay muchos casos de jurisprudencia en los que se han presentado pruebas informatizadas, y sus equivalentes anteriores a la computadora se utilizan desde hace años. (Las comunicaciones telegráficas se vienen utilizando incluso desde antes y las claves comerciales ya estaban ampliamente difundidas entre el decenio de 1920 y el de 1960, etc.)

Estos argumentos reflejan, a juicio de los relatores y del grupo especial, las discrepancias que existen con respecto a si la utilización del EDI plantea problemas jurídicos concretos. No obstante, a diferencia del comercio interno, el comercio internacional suscita problemas adicionales, algunos de los cuales se relacionan con los tratados y convenios internacionales, o pueden resolverse mediante esos instrumentos.

29. Conforme al programa de acción, en el Grupo de Trabajo (WP.4) se debería intentar: la difusión de los conocimientos, la coordinación, la concentración y la acción. En el programa se propone lo siguiente:

Para lograr sus objetivos, el Grupo de Trabajo debe tener en cuenta lo siguiente:

- que se ofrezca asesoramiento a los usuarios sobre las repercusiones de la utilización del EDI en la práctica comercial y oficial.
- en algunos casos aclarar que no se trata de una dificultad jurídica será tan importante como en otros ofrecer soluciones jurídicas.
- tal vez sea necesario poner especial atención en la búsqueda de soluciones jurídicas en los países de tradición romanística y en los instrumentos internacionales que puedan requerir una enmienda especial.
- las soluciones jurídicas que se ofrezcan deben ser idóneas tanto para los países del derecho anglosajón como para los de tradición romanística.

El Grupo de Trabajo siempre ha tenido la tarea de coordinar la facilitación de los trámites del comercio internacional. En la práctica, se ha ocupado generalmente él mismo de su labor cuando no podía encomendársela a un órgano más adecuado. El CCA (con el sistema armonizado), la CCI (con las UNCID), la CNUDMI (sobre el valor probatorio) y la Cámara Internacional de Navegación Marítima/IATA [Asociación de Transporte Aéreo Internacional], etc. (con documentos de transporte normalizados), son buenos ejemplos de otras organizaciones que han sido, para determinados proyectos, los órganos apropiados. Proseguir la coordinación de la labor es fundamental.

30. Como una de las conclusiones de la reseña del programa de acción, el Grupo de Trabajo aprobó el siguiente mandato para su actividad general relativa a los aspectos comerciales y jurídicos de la facilitación del comercio:

eliminar las limitaciones al comercio internacional que se presentan a través de problemas de carácter jurídico o de la práctica comercial (con especial referencia

a la utilización del EDI) mediante una acción coordinada de todas las partes interesadas y, cuando corresponda, mediante la ejecución de proyectos especiales.

2. Lista de proyectos aprobados por el Grupo de Trabajo (WP.4)

31. El Programa de Acción aprobado por el Grupo de Trabajo abarca varios proyectos. A continuación se describen en forma sucinta esos proyectos.

a) Acuerdos de intercambio

32. El objetivo del proyecto es velar por una razonable armonización de los acuerdos de intercambio y la elaboración de una versión aceptada internacionalmente de uso facultativo. El Programa de Acción también indica que:

Cualquier método de comunicación para resultar eficaz requiere disciplina. Normalmente esa disciplina se logra aplicando reglas de conducta generalmente aceptables. En el contexto del EDI, esas reglas han sido establecidas en la forma de acuerdos de intercambio concertados en varios grupos de usuarios (por ejemplo ODETTE), organizaciones nacionales (por ejemplo, UK-EDIA; la American Bar Association) y regionales (por ejemplo, la CEE). Como las Reglas uniformes de conducta de la CCI para el intercambio de datos comerciales mediante teletransmisión (UNCID), sobre la que se basan la mayoría de los ejemplos actuales, estos acuerdos se aplican generalmente sólo al intercambio de datos y no a los contratos comerciales subyacentes concertados entre las partes.

No obstante, los acuerdos en muchos casos ofrecen distintas soluciones con respecto a los temas enfocados y, a menudo, responden a inquietudes que revisten una importancia especial para las necesidades propias de la empresa, organización, país o región que los patrocinan. En consecuencia, es posible que el número de acuerdos y la diversidad de sus términos signifiquen una barrera al comercio internacional por la falta de una forma internacionalmente aceptable de acuerdo que pueda ser adoptado para la práctica comercial.

33. El proyecto tiene dos componentes:

- proseguir el examen de las actividades emprendidas, supervisar los nuevos acuerdos que se elaboran, y
- establecer un acuerdo de intercambio (que habría de aplicarse en su totalidad), cuya aplicación facultativa se recomendaría en el plano internacional.

34. El Grupo de Trabajo decidió asignar "gran prioridad" a ese proyecto y prever su terminación para 1995.

b) Parte jurídica del UNTDID

35. El proyecto tiene por objeto incorporar en la Guía del Intercambio de Datos Comerciales (UN/TDID) una parte de los aspectos jurídicos del EDI que incluya las Reglas

UNCID de la CCI. Se prevé incluir en la parte correspondiente a los aspectos jurídicos lo siguiente: una nota introductoria sobre las UNCID; el texto de las UNCID; y una exposición general de la evolución de los acuerdos de intercambio y documentos relacionados, tales como manuales para los usuarios.

c) *Títulos negociables*

36. El objetivo del proyecto es reducir las barreras que se oponen al comercio internacional derivadas de la práctica comercial consistente en la transmisión de derechos a través de títulos negociables, como el conocimiento de embarque.

37. Las actividades del proyecto comprenden:

- el examen y la coordinación de las actividades emprendidas a fin de lograr la posibilidad de negociar los documentos electrónicos, así como las actividades encaminadas a eliminar la dependencia de los títulos negociables en papel (tales como los conocimientos de embarque) de las prácticas comerciales.
- la promoción de prácticas comerciales que no requieran el empleo de títulos negociables en el comercio internacional.
- cuando corresponda, el establecimiento de normas o directrices sobre procedimientos (aceptables para distintos sectores comerciales) que, cuando se apliquen, permitirían negociar "documentos" electrónicos transmitidos en relación con el comercio internacional.

d) *Comercio internacional — Obstáculos nacionales, legales y de prácticas comerciales*

38. El objetivo del proyecto es encargar la preparación de uno o varios informes, estudios o análisis, con el objeto de:

- identificar los obstáculos derivados de las leyes y las prácticas comerciales (incluida la aplicación de instrumentos internacionales).
- supervisar las actividades idóneas que se estén realizando para eliminar esos obstáculos, y evaluar y proponer determinadas soluciones con respecto a su utilidad para otros países, y reconociendo la importancia [de] las leyes y prácticas aduaneras para las operaciones comerciales y de pagos internacionales, y habida cuenta de la experiencia aduanera en materia de control reglamentario, prestar especial atención a las leyes y prácticas aduaneras.
- proporcionar información y análisis a otras organizaciones internacionales que estudien las reformas o modificaciones legales al régimen aduanero y a las prácticas (por ejemplo, la CNUDMI y la CCI).

39. A fin de alcanzar el objetivo que acaba de enunciarse, el Grupo de Trabajo ha decidido:

- preparar un cuestionario para los miembros del Grupo de Trabajo, presentado como formulario donde se analicen los obstáculos nacionales que puedan existir con respecto al empleo del intercambio electrónico de datos y de tecnologías similares que faciliten el comercio internacional, y se informe acerca de esos obstáculos. Esos obstáculos pueden ser legales o reglamentarios, fundarse en la jurisprudencia o en las costumbres y prácticas de la industria o la comunidad.
- recibir respuestas y preparar informes analíticos, incluso recomendaciones con respecto a los obstáculos a la facilitación del comercio internacional mediante el empleo del intercambio electrónico de datos y tecnologías afines.

e) *Autenticación electrónica; definición de mensajes electrónicos y sus "firmas"*

40. El objetivo del proyecto es:

asegurar que los mensajes y las "firmas" electrónicas tengan la misma aceptabilidad jurídica y comercial que tienen actualmente los documentos en papel.

41. A fin de lograr ese objetivo, el Grupo de Trabajo ha decidido:

establecer, para su posible adopción por los distintos países, definiciones uniformes de las palabras "escrito", "documento", "firma" y otros términos pertinentes que incluirán los mensajes transmitidos mediante intercambio electrónico de datos y los procedimientos para autenticar, tanto en contextos jurídicos como comerciales, esos mensajes, y garantizar una seguridad apropiada al respecto.

f) *Coordinación con otros órganos*

42. El objetivo del proyecto es:

velar por la coordinación de la labor del Grupo de Trabajo (WP.4) y otros órganos internacionales, también dentro de las Naciones Unidas, sobre los aspectos comerciales y jurídicos de la facilitación del comercio internacional.

43. A fin de lograr ese objetivo, el Grupo de Trabajo ha decidido:

presentar al Grupo de Trabajo informes sobre la marcha de proyectos y actividades conexos de otras organizaciones y órganos internacionales, y garantizar una coordinación adecuada con respecto a la ejecución de los proyectos que figuran en el programa de acción.

44. En la reunión del Grupo de Trabajo donde se aprobó el programa de trabajo, el representante de la Secretaría de la CNUDMI recordó el mandato general otorgado a la Comisión por la Asamblea General de coordinar las actividades sobre los aspectos jurídicos del comercio internacional. También sugirió que tal vez fuese conveniente que algunos de los resultados de la labor que había de llevarse a cabo en el marco del programa de acción del Grupo de Trabajo fuesen abordados por la CNUDMI y que, en caso

de que se requiriese algún proyecto jurídico como consecuencia de esa labor, resultaría más adecuado que fuera preparado por uno de los Grupos de Trabajo de la CNUDMI.

C. Cámara de Comercio Internacional (CCI)

45. En 1990, la CCI decidió establecer un "Grupo Mixto de Trabajo sobre los Aspectos Jurídicos y Comerciales del EDI". Ese Grupo de Trabajo tiene el mandato de estudiar la labor sobre cuestiones jurídicas realizada por otras organizaciones internacionales tales como el Grupo TEDIS, el WP.4 de las Naciones Unidas/CEE, la CNUDMI y la Asociación Internacional de Intercambio de Datos (IDEA), con miras a establecer "posiciones comunes que puedan luego presentarse a organizaciones pertinentes públicas y del sector privado. El Grupo de Trabajo fue establecido también para supervisar las actividades relacionadas con el EDI, brindando impulso para abordar cuestiones decisivas para las prácticas comerciales mundiales, a través de un estrecho contacto con otras organizaciones de EDI⁸.

46. La primera reunión del Grupo Mixto de Trabajo se celebró en diciembre de 1990. Se decidió crear un Comité Jurídico que investigaría los aspectos jurídicos del EDI. También se confió al Comité Jurídico la decisión con respecto al apoyo que brindaría la CCI a las distintas actividades jurídicas internacionales, y también si su labor revestiría la forma de reglas uniformes, contratos modelo o guías jurídicas⁹.

47. La Secretaría de la CNUDMI estuvo representada en esa reunión y reseñó brevemente la labor de la Comisión en la esfera de las transferencias electrónicas de fondos, el valor jurídico de los registros computadorizados y sus trabajos preparatorios sobre el EDI. El presidente del Grupo Mixto de Trabajo declaró que se había llegado a un punto del cual no era posible volver atrás, con respecto a las legislaciones nacionales anticuadas, y que tal vez fuera realmente el momento en que las organizaciones internacionales debían recomendar la modificación de determinadas leyes nacionales, e indicar de qué manera podrían introducirse esas modificaciones¹⁰.

48. En una reunión celebrada en abril de 1991, el Grupo Mixto de Trabajo de la CCI recordó que lamentablemente la legislación de muchos Estados aún exigía documentos en papel firmados a mano para algunas operaciones jurídicas. También se observó que:

Las distintas organizaciones de EDI, reconociendo que las empresas desean un fundamento jurídico firme para las prácticas de EDI, deben trabajar en colaboración para brindar a la comunidad comercial instrumentos, estudios y asesoramiento jurídico suficientes, especialmente en lo

⁸Joint Working Group "Legal and Commercial aspects of EDI" — *Terms of Reference* (documento de la CCI No. 460-10/2, París, 22 de octubre de 1990).

⁹Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI — *Summary record of the meeting of 14 December 1990* (documento de la CCI No. 460-10/4, París, 30 de enero de 1991), pág. 1.

¹⁰*Ibid.*, p.4.

tocante a la necesidad de un Acuerdo Modelo de Intercambio claro y universalmente reconocido¹¹.

D. Comité Internacional de Transportes Ferroviarios (CIT)

49. La industria ferroviaria y otras empresas de transporte que se rigen por el Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), y más en particular por las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (CIM), han decidido sustituir la carta de porte ferroviario sobre papel, prevista en las Reglas CIM, por un documento electrónico. Se prevé que el nuevo sistema, titulado DOCIMEL (documento CIM electrónico), podrá aplicarse en 1993.

50. El CIT ha publicado un informe preliminar titulado "DOCIMEL Rapport de base droit" (marzo de 1991), que enumera una serie de cuestiones jurídicas que ha de solucionar la industria ferroviaria. El Informe menciona algunas cuestiones relacionadas con el régimen aplicable a los contratos, tales como la concertación del contrato de transporte, la modificación del contrato durante el transporte, los obstáculos al transporte o a la entrega de las mercancías y las reclamaciones relativas a las mercancías. También se señalan algunas cuestiones concretas de "derecho electrónico", por ejemplo, la protección y el registro de los datos, el valor probatorio de los datos, el almacenamiento y la responsabilidad. El Informe indica que se han tenido en cuenta las Reglas UNCID y varios acuerdos modelo de intercambio en los estudios jurídicos realizados por el CIT.

51. La Secretaría seguirá de cerca el desarrollo jurídico de ese proyecto.

E. Unión Internacional de Transportes por Carretera

52. La Unión Internacional está también preparando un acuerdo modelo sobre EDI que aplicarían las empresas de transporte por carretera y los usuarios de estos servicios. Entre los trabajos preliminares se está realizando un estudio comparado de la legislación vigente en todos los Estados Miembros en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), y sólo una vez que ese estudio se haya terminado se preparará un proyecto de acuerdo sobre comunicaciones.

53. La Secretaría también seguirá la marcha de los aspectos jurídicos de ese proyecto.

F. Comité Marítimo Internacional (CMI)

54. En su 34a. Conferencia (París, junio de 1990), el CMI aprobó el texto de las Reglas del CMI sobre el conocimiento de embarque electrónico (véase el documento A/CN.9/333, párrafo 89), que se denominarán en adelante

¹¹Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI — *Draft ICC policy statement on the development of EDI in international trade* (documento de la CCI No. 460-10/Int. 14 Rev.2, París, 12 de abril de 1991).

Reglas CMI (véanse los párrafos 69 y 104 a 108, *infra*). En la introducción a esas Reglas se recuerda que la carta de porte marítimo no negociable debe preferirse al conocimiento de embarque negociable y que la carta de porte marítimo no negociable podría sustituirse fácilmente por mensajes entre las partes interesadas transmitidos por medios electrónicos¹². No obstante, también se observó que el conocimiento de embarque electrónico desempeñaría una importante función con respecto a los productos que se venden en tránsito.

G. El informe del Observatoire juridique des technologies de l'information (Francia)

55. El Gobierno francés encargó un estudio sobre la legislación francesa en materia de prueba y la forma en que debería modificarse (o confirmarse) a fin de que se adaptase a la evolución de las relaciones jurídicas sin papel. El Observatorio jurídico de las tecnologías de la información (OJTI) publicó los resultados de ese estudio a fines de 1990 en un informe titulado "*Une société sans papier?*" (denominado en adelante Informe OJTI)¹³. Este Informe no se limita a los aspectos del derecho mercantil y ni siquiera a las cuestiones relativas al EDI. Abarca también cuestiones e inquietudes típicas de la transmisión electrónica de mensajes en el contexto de las operaciones al consumidor. Aunque se basa en la consideración de las reglas vigentes en un solo ordenamiento jurídico, vale la pena mencionar en el presente documento algunas de sus conclusiones generales. El Informe OJTI constituye un esfuerzo útil realizado por un gobierno para determinar los cambios que es preciso introducir en la legislación sobre la prueba a fin de adaptarla a la evolución de la electrónica. A ese respecto, cabe compararlo con estudios bastante parecidos realizados en otros países por otros tipos de órganos (por ejemplo, entidades que se ocupan de la facilitación del comercio, asociaciones de abogados).

56. En sus conclusiones, el Informe OJTI disipa la preocupación generalizada de que el EDI pueda provocar una laguna legal con respecto a las normas sobre la prueba. Observa que, aunque hay muy pocas normas legales destinadas específicamente a la prueba en un contexto de EDI¹⁴, la cuestión del valor probatorio de los mensajes de EDI está contemplada indirectamente en las normas generales sobre la prueba, algunas de las cuales han sido modificadas levemente con miras a responder a algunas inquietudes relacionadas con el EDI.

57. Un ejemplo significativo de ese régimen general en Francia es la Ley de 1980 sobre la prueba de los actos jurídicos (*Loi du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques*). La finalidad de la Ley de 1980 es el

reconocimiento jurídico de nuevas formas de prueba y particularmente de los documentos fotográficos y microformatos de documentos originales sobre papel. También la doctrina jurídica ha interpretado que se admiten como prueba los registros informáticos. Esa interpretación se dedujo del nuevo texto del artículo 1348 del Código Civil que reconoce valor probatorio a la copia cuando no puede obtenerse el original y la copia no solamente es precisa sino duradera ("*fidel*" et "*durable*"). La ley indica que se considera duradera cualquier reproducción indeleble del original, fija en un soporte de manera tal que modifique en forma irreversible ese soporte. Esa disposición sin duda alguna está concebida para prever aquellos casos en los que la copia se almacena en forma electrónica, y se destruye el original en papel. No obstante, debe señalarse que en 1980 muy pocos medios electrónicos podían responder al requisito de que el soporte fuese modificado de manera irreversible. Once años más tarde, aunque la técnica del registro digital ha hecho progresos significativos y permitió el funcionamiento de sistemas conocidos como el "WORM" (escritura única, lectura múltiple), la mayoría de los soportes electrónicos aún no cumple esa condición.

58. Con respecto a la jurisprudencia, el Informe OJTI toma nota de que en realidad han llegado a los tribunales sólo muy pocos casos. Cabe recordar que una conclusión análoga figura en el Informe de la American Bar Association (ABA) sobre las prácticas comerciales electrónicas, que se examina en el informe presentado al 23.º período de sesiones de la Comisión (véase A/CN.9/333, párrafo 44). Un motivo de la falta de jurisprudencia puede residir en el hecho de que por ahora el EDI se utiliza principalmente entre copartícipes comerciales que mantienen una relación de larga data. En ese contexto, puede considerarse al litigio como un medio costoso para solucionar las controversias. El Informe de la ABA también insiste en que los usuarios del EDI consideran el litigio y las soluciones jurídicas que cabe esperar de los tribunales como excesivamente impredecibles. Las partes en las relaciones EDI, por consiguiente, suelen solucionar sus controversias de común acuerdo.

59. Con respecto a los acuerdos sobre comunicaciones que podrían celebrar las partes, el Informe OJTI observa que, aunque muchos de esos acuerdos ya han sido elaborados en Francia, no hay señales de que habrá de prevalecer un marco contractual único. La razón obvia de que haya tantas modalidades contractuales distintas es que esos acuerdos están "ajustados" especialmente a las necesidades de cada uno de los grupos de usuarios a los que se aplican. Si bien el Informe OJTI no desalienta la aplicación de esos acuerdos, expresa la preocupación por el riesgo de que existan incompatibilidades entre las distintas situaciones jurídicas previstas en los diversos acuerdos. Otra importante inquietud puesta de manifiesto en el Informe es que los acuerdos sobre comunicaciones no deben alterar el equilibrio de poder entre partes de importancia económica desigual en detrimento de la más débil. Cabe observar que se ha expresado en el Informe de la ABA una inquietud similar¹⁵ y esta inquietud ha influido en forma decisiva en la redacción del Acuerdo de la ABA.

¹²Comité maritime international — 1990 Paris - II, XXXIVa. conferencia internacional del Comité Marítimo Internacional, pág. 210.

¹³Françoise Gallouédec-Genuys y otros, *Une société sans papier? Nouvelles Technologies de l'information et droit de la preuve* (París, La documentation française, 1990).

¹⁴La legislación fiscal francesa fue recientemente modificada (véase artículo 47 de la *Loi de finances rectificative pour 1991*) con miras a reconocer, bajo ciertas condiciones, las facturas electrónicas como facturas originales para los fines de la auditoría fiscal (*Journal officiel de la République française*, 30 de diciembre de 1990).

¹⁵*The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report*, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 23. Publicado asimismo en *The Business Lawyer*, vol. 45, No. 5, June 1990, p. 1661.

60. Con respecto a las modificaciones que han de introducirse en la legislación sobre la prueba, la primera recomendación del Informe OJTI es que no se intente modificar esa legislación hasta que no se sepa más acerca de las condiciones en las que los mensajes y los registros electrónicos creados con el propósito de que tengan valor probatorio serán admitidos como prueba por los tribunales en virtud de la legislación vigente. También se sugiere que no se introduzca ninguna modificación en la legislación antes de que se puedan prever mejor las decisiones normativas que adoptarán las organizaciones internacionales. Otra sugerencia es que no se efectúe ningún cambio con respecto a los principios jurídicos fundamentales en materia de prueba. Según el informe, esos principios fundamentales deben reafirmarse poniendo acento en particular en la responsabilidad de la parte que controla el sistema. El Informe OJTI observa que, dado que es posible que en un futuro próximo haya otras innovaciones tecnológicas, no ha de intentarse redactar una "ley tecnológica" en la que los medios de comunicación aceptables jurídicamente se definan haciendo referencia a normas técnicas.

II. ACUERDOS SOBRE INTERCAMBIO

61. Con miras a superar lo que podría considerarse ahora como deficiencias e incertidumbres de la legislación y la jurisprudencia con respecto al EDI, se han establecido y se están preparando acuerdos contractuales sobre intercambio en distintos sectores de la actividad comercial (véase A/CN.9/333, párrafos 87 a 89). Esas innovaciones contractuales revisten particular importancia cuando incorporan normas relativas a la prueba en un contexto de EDI.

62. Los distintos acuerdos que ha examinado la Secretaría responden a diversos enfoques con respecto a acuerdos modelo para la aplicación del EDI entre copartícipes en actividades comerciales. Estos acuerdos modelo también reflejan las diversas necesidades que tienen las distintas categorías de usuarios o posibles usuarios del EDI. No obstante, cabe observar que muchos de estos acuerdos modelo comparten varias características y que la mayoría de ellas hacen referencia expresa o implícitamente a las Reglas UNCIT (véase A/CN.9/333, párrafos 82 a 86).

63. En los círculos que aplican el EDI aumenta rápidamente el número de acuerdos modelo y otros modelos de acuerdos contractuales. Las organizaciones internacionales, los órganos nacionales de facilitación del comercio o las instituciones privadas han concertado y están concertando un gran número de esos acuerdos en distintos niveles. Algunos de esos acuerdos modelos se han elaborado con miras a responder a las necesidades del comercio internacional, otros con miras a ser utilizados en un contexto exclusivamente nacional. Puede establecerse otra distinción entre aquellos acuerdos modelo que contemplan las cuestiones jurídicas del EDI en general y los que se limitan a algunas cuestiones jurídicas concretas. Como es obvio, la Secretaría no tiene conocimiento de todos los documentos de ese tipo que existen. Además, las reglas y acuerdos modelo que se han tenido en cuenta para elaborar el presente informe son bastante heterogéneos. También debe señalarse que entre los pocos acuerdos de intercambio que se prepararon específicamente para uso internacional,

algunos aún no tienen una forma definitiva (véase párrafo 64, *infra*). En consecuencia, se sugiere que, en esta fase, la Comisión no está en condiciones de emprender un estudio comparado exhaustivo del contenido de esos acuerdos. El presente informe solamente contiene una reseña breve de algunos acuerdos con miras a indicar a la Comisión cuáles son las cuestiones jurídicas que generalmente se contemplan en un marco contractual, hasta qué punto es necesario concertar acuerdos sobre comunicaciones y los límites del derecho contractual en materia del EDI.

64. Los principales acuerdos y directrices sobre intercambio para relaciones comerciales de EDI que estudió la Secretaría son los 12 siguientes:

Acuerdos modelo preparados para su aplicación en los países:

- El "EDI Association Standard Electronic Data Interchange Agreement" (Acuerdo tipo de la Asociación de EDI sobre intercambio electrónico de datos, denominado en adelante el Acuerdo UK-EDIA) preparado por la Asociación de EDI del Reino Unido (2a. edición, agosto de 1990);
- El "Model Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement" (Acuerdo Modelo sobre copartícipes comerciales en el intercambio electrónico de datos, denominado en adelante Acuerdo ABA) preparado por la American Bar Association (junio de 1990);
- El acuerdo modelo sobre intercambio electrónico de datos (denominado en adelante Acuerdo CIRECREDIT) preparado por el Centre International de Recherches et d'Etudes du Droit de l'Informatique et des Télécommunications (Francia, 1990);
- El "Acuerdo Modelo EDI" (denominado en adelante Acuerdo NZEDIA) preparado por la Asociación de Intercambio Electrónico de Datos de Nueva Zelandia (Nueva Zelandia, 1990);
- El "Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement" (Acuerdo sobre copartícipes comerciales en el intercambio electrónico de datos, denominado en adelante Acuerdo EDICC) preparado por el Consejo del EDI del Canadá (Canadá, 1990);
- El acuerdo modelo sobre intercambio (denominado en adelante Acuerdo de Quebec) preparado por el Ministerio de Comunicación de la Provincia de Quebec (Canadá, 1990);
- El proyecto de acuerdo modelo sobre intercambio (denominado en adelante el proyecto de Acuerdo SITPROSA) preparado por la Organización para la Simplificación de los Trámites Comerciales Internacionales, de Sudáfrica (marzo de 1991);

Acuerdos modelo internacionales sobre cuestiones del EDI en general:

- El proyecto de Acuerdo Modelo Europeo sobre EDI, TEDIS (denominado en adelante proyecto de Acuerdo TEDIS) preparado por la Comisión de las Comunidades Europeas (diciembre de 1990);

- El “Acuerdo Modelo sobre Transmisión de Datos en el Comercio Internacional” (denominado en adelante Acuerdo FINPRO/CAME), concertado entre la República de Finlandia y los Estados miembros del CAME (1991);

Acuerdos modelo internacionales limitados a algunas cuestiones jurídicas concretas:

- El proyecto de Guía sobre acuerdos de intercambio de datos entre aduanas y comerciantes y manuales para los usuarios del EDI (denominado en adelante el proyecto de Guía CCC), preparado por el Consejo de Cooperación Aduanera (marzo de 1990);¹⁶
- Las Directrices para los Acuerdos de Intercambio (denominadas en adelante directrices ODETTE) preparadas por la Organización de Intercambio de Datos por Teletransmisión en Europa (1990);
- Las Reglas del CMI para el conocimiento de embarque electrónico, aprobadas por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en junio de 1990 (véase párrafo 54, *supra*).

65. Esas distintas normas modelo adoptan diferentes posiciones con respecto a las cuestiones jurídicas relacionadas con la concertación de contratos por medios electrónicos que fueron examinadas en el estudio preliminar preparado por la Secretaría (A/CN.9/333). Además, su estructura refleja a menudo los diversos ordenamientos jurídicos de los que proceden.

66. Cabe observar, no obstante, que todos esos acuerdos modelo, reglas y directrices tienen carácter contractual y solamente pueden ponerse en vigor mediante el consentimiento de las partes contratantes. Una clara manifestación de esa característica aparece en el artículo 1 de las Reglas CMI, el que dispone que las Reglas se aplicarán siempre que las partes así lo decidan. Esa situación plantea dificultades cuando la ley aplicable no permite a las partes apartarse de las disposiciones legales. No obstante, la principal dificultad deriva de que las disposiciones de un contrato no pueden regular los derechos y obligaciones de personas que no son partes en ese contrato. Las disposiciones contractuales pueden ser adecuadas, e incluso necesarias, para resolver los aspectos jurídicos de la comunicación mediante el EDI en un sistema cerrado, pero es improbable que rijan los mismos aspectos cuando nacen en un contexto abierto. Las soluciones contractuales de los aspectos jurídicos del EDI, en consecuencia, han de considerarse como el primer paso que puede ayudar a resolver muchas de las dificultades prácticas que ahora existen y a facilitar la comprensión de las cuestiones que requerirán la preparación de futuros instrumentos jurídicos.

A. El requisito de la forma escrita

67. En muchos casos, los acuerdos modelo contienen disposiciones encaminadas a superar las dificultades que

podrían surgir con respecto a la validez y la posibilidad de exigir el cumplimiento de algunos actos jurídicos (en particular, los contratos) debido a que han sido concertados mediante el intercambio de mensajes por medios electrónicos en lugar de los documentos escritos habituales. Cabe observar que ninguna de esas estipulaciones contractuales pretende contemplar las categorías de contratos que, en determinados ordenamientos jurídicos, deben perfeccionarse en una forma determinada, por lo general en un documento escrito, autenticado por una autoridad pública (véase A/CN.9/333, párrafos 23 a 25). En cuanto a los contratos comerciales, varios de los acuerdos modelo que examinó la Secretaría siguen uno de los dos criterios que se indican a continuación, o ambos, con respecto a la fuerza jurídicamente vinculante de los mensajes EDI.

1. Definición de los mensajes EDI como documentos escritos

68. Los autores de muchos acuerdos modelo sintieron la necesidad de indicar, a través de distintas definiciones, que los mensajes EDI y los documentos en papel debían ponerse en un pie de igualdad. Esto se ha llamado algunas veces la “estrategia de la definición”¹⁷, encaminada a establecer la importancia jurídica de los mensajes EDI.

a) Definición general del EDI como papel

69. Donde se recurre con más frecuencia a las definiciones generales tal vez sea en las Reglas CMI. Por ejemplo, el artículo 4 d) estipula que la mayoría de la información contenida en un mensaje recibido, incluida la descripción de las mercaderías, la fecha y el lugar de la recepción de las mismas, la fecha y el lugar de la expedición de las mercaderías y la referencia a los términos y condiciones del transporte del porteador tendrán el mismo valor y eficacia que tendrían si el mensaje estuviese contenido en un conocimiento de embarque en papel. Varias otras referencias al papel se hacen en esas Reglas con miras a que a las partes en una relación EDI se les aplique el mismo régimen que se les aplicaría si se hubiese emitido un conocimiento de embarque en papel. Éste es, por ejemplo, el criterio adoptado en el artículo 6, sobre la ley aplicable, y en el artículo 7, sobre el derecho de control y transferencia de las mercaderías. Aún más explícitos son los artículos 10 y 11, titulados respectivamente “Opción a recibir un documento en papel” y “Los datos electrónicos son equivalentes a la escritura”.

b) Definición de una comunicación EDI con importancia jurídica

Consecuencias jurídicas de los mensajes EDI

70. Los acuerdos modelo a menudo contienen una disposición que indica las condiciones bajo las que los mensajes EDI tendrán efectos jurídicamente vinculantes para las partes. Por ejemplo, el artículo 3.3.2 del Acuerdo ABA dispone:

¹⁶En lo que respecta a los aspectos jurídicos del EDI, las Directrices del CCA siguen expresamente las Reglas UNICID (véase A/CN.9/333, párrs. 82 a 86).

¹⁷The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 73. Publicado asimismo en *The Business Lawyer*, vol. 45, No. 5, June 1990, p. 1690.

“Cualquier Documento que haya sido transmitido de conformidad con el presente Acuerdo será considerado... como un ‘escrito’ o ‘por escrito’; de haberse consignado o puesto una Firma sobre ese Documento (‘Documentos Firmados’), el Documento será tenido, para todos los efectos, como: a) un documento ‘firmado’ y b) un ‘documento original’ cuando haya sido impreso a partir de un fichero o de un expediente que se constituya y mantenga en el giro normal de los negocios.”

Cabe observar, en ese ejemplo, que el concepto de “Documento Firmado” ha sido acuñado de cara al derecho interno del propio país, es decir de cara a la sección 2-201 del Código de Comercio Uniforme, que dice que determinados contratos para la compraventa de mercaderías “no serán vinculantes ante los tribunales” de no haber “algún escrito que sirva para indicar que se ha concertado un contrato de compraventa entre las partes que haya sido firmado por aquella parte que vaya a ser demandada”.

71. El proyecto de Acuerdo SITPROSA ha adoptado un enfoque bastante parecido en su artículo 12 que dice: “Cada una de las partes garantiza que cualquier mensaje de datos comerciales (TDM) que emane, bajo su control, de la Red EDI será vinculante para ella”. En términos parecidos se expresa el artículo 8 del Acuerdo FINPRO/CMEA que dice:

“En el intercambio electrónico de datos la obligatoriedad jurídica de los documentos dependerá de la legalidad del documento original y de la validez jurídica del título.”

72. En el artículo 2 del Acuerdo CIREDDIT y en el artículo 6.3.(1) del Acuerdo de Quebec se encuentran también disposiciones por las que se reconoce la eficacia jurídica de los mensajes por EDI.

Eficacia jurídica de los contratos concertados por intercambio electrónico de datos (EDI)

73. En algunos acuerdos modelo se dice expresamente que los contratos concertados por medio del intercambio electrónico de datos serán jurídicamente vinculantes. Éste es por ejemplo el enfoque adoptado en el artículo 10.1 del proyecto de Acuerdo TEDIS, que dice que: “Las partes aceptan la validez del negocio formado mediante el intercambio de mensajes por EDI”. En esa disposición se hace una distinción entre la validez del contrato y su fuerza probatoria, que se aborda en el proyecto de Acuerdo TEDIS bajo el título general de “valor probatorio de los mensajes por EDI” (véase párrafo 80, *infra*).

74. Cabe señalar que no todos los acuerdos modelo distinguen, como hace el proyecto de Acuerdo TEDIS anteriormente mencionado, entre la validez del contrato formado por mensajes transmitidos por EDI y la exigibilidad ante los tribunales de esos contratos (o de cualquier otro acto jurídico formado por mensajes EDI). Esta situación refleja la diversidad de criterios que se observa de un ordenamiento jurídico a otro y la diversidad de fórmulas seleccionadas para enunciar jurídicamente esos criterios. La mayoría de los ordenamientos jurídicos han previsto diversos juegos de reglas para determinar la formación y la

validez del contrato y para determinar la forma en que habrá de probarse ante los tribunales la existencia y el contenido del contrato. Sin embargo, algunos ordenamientos insisten en la consideración de que la fuerza vinculante de un contrato deriva normalmente de la validez de su formación. En otros ordenamientos jurídicos se insiste más en el hecho de que todo contrato será prácticamente vinculante ante los tribunales si son admisibles las pruebas que se presenten sobre su contenido. Los acuerdos modelos redactados para ser utilizados en esos países contienen por ello reglas sobre el valor vinculante de los actos jurídicos que se ocupan principalmente de la admisibilidad de las pruebas ante los tribunales y complementan esas reglas generales con otras reglas destinadas a reforzar el valor probatorio de los actos jurídicos formados a través del intercambio electrónico de datos.

75. Como ejemplo de un acuerdo modelo que se ocupa principalmente de la fuerza vinculante de los contratos enunciando reglas relativas a su valor probatorio, el artículo 6.04 del Acuerdo EDICC sobre “Exigibilidad ante los tribunales” dice:

“Las partes convienen que en lo que a ellas respecta todo Documento recibido por el Destinatario será tenido por un memorando escrito y firmado y que ha sido entregado por su Expedidor, o en su nombre, para los efectos de cualquier norma legal o de otra índole que requiera que un contrato ha de ser probado por un memorando escrito o ha de estar consignado por escrito y que requiera que ese memorando escrito esté firmado, haya sido entregado o ambas cosas a la vez.”

76. Otro ejemplo de una disposición sobre la eficacia jurídica de los contratos concertados por EDI que hace referencia al régimen jurídico local es el artículo 3.3.3 del Acuerdo ABA, que dice:

“... la utilización de Documentos Firmados transmitidos conforme al presente Acuerdo, serán, a todos los efectos, probatorios de una forma de negociar y de una forma de actuar que ha sido aceptada por las partes...”

En este ejemplo, se hace referencia al régimen jurídico del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América (véase párrafo 70, *supra*), y concretamente a la Sección 1-205, que dice que una “forma de negociar” de las partes en determinada operación “se ha de considerar como determinante de una base común de entendimiento para la interpretación” de sus palabras y de sus actos. Se hace igualmente referencia a la sección 2-208, que dice que “cualquier forma de actuación aceptada o consentida sin haber sido objetada podrá ser utilizada para determinar el significado del acuerdo”.

2. Renuncia de derechos respecto de una comunicación por EDI

77. El segundo enfoque, que cabe describir como “estrategia de la renuncia previa”, se funda en la renuncia recíproca por las partes de los derechos o acciones de que dispongan para impugnar la validez o el valor vinculante de un negocio concertado por EDI con arreglo al derecho

localmente aplicable¹⁸. A ese respecto el artículo 3.3.4. del Acuerdo ABA hace referencia a las reglas de la prueba que requieren que determinados contratos estén consignados por escrito al decir que:

“Las partes convienen en no impugnar la validez o el valor vinculante de los Documentos Firmados amparándose en lo dispuesto en cualquier ley aplicable que exija que determinados acuerdos estén consignados por escrito o sean firmados por la parte que vaya a quedar vinculada. De ser presentados los Documentos Firmados como documentos probatorios en cualquier proceso judicial o arbitral o en cualquier proceso de mediación o administrativo, dichos Documentos Firmados serán admisibles como prueba en lo que a las partes respecta en la misma medida y en idénticas condiciones que cualquier otro expediente comercial consignado y conservado en forma documental. Ninguna de las partes impugnará la admisibilidad de las copias de los Documentos Firmados ya sea oponiendo la excepción del registro comercial a la regla del testimonio de oídas (*business record exception to the hearsay rule*) o alegando la regla de la prueba original (*best evidence rule*) fundándose en que los Documentos Firmados no habían sido consignados o conservados en forma documental.”

El artículo 6.04 del Acuerdo EDICC dice que:

“Cada una de las partes reconoce que en cualquier proceso judicial entablado entre ellas con respecto al Contrato, o de alguna forma relacionado con el Contrato, esa parte renuncia por la presente expresamente a cualquier derecho que tenga a oponer una excepción o renuncia de la responsabilidad que esté basada en la ausencia de un memorando escrito o de una firma.”

78. El artículo 10.1 del proyecto de Acuerdo TEDIS, referente a la posible invalidez de un contrato, contiene una disposición algo distinta que dice:

“Las partes... renuncian expresamente a cualquier derecho que puedan tener a entablar una acción para declarar inválido un negocio concertado entre ellas en la que se alegue por único motivo que ese negocio ha sido concertado por conducto de un sistema informático.”

3. Valor probatorio de los mensajes transmitidos por EDI

a) Reglas contractuales sobre la admisibilidad de pruebas

79. Antiguamente era muy controvertida la validez ante los tribunales de las estipulaciones de las partes relativas a la admisibilidad de pruebas. En la actualidad parece ser que tanto en los ordenamientos de tradición romanista como en los ordenamientos de *common law* se admite la validez de los acuerdos comerciales privados sobre la admisibilidad de pruebas o, al menos, cabe decir, que esos acuerdos no tropiezan ya con una prohibición general.

80. El artículo 11 del proyecto del acuerdo TEDIS dice:

“De suscitarse algún litigio, las partes no cuestionarán la admisibilidad como prueba de los mensajes que hayan sido intercambiados y almacenados conforme a lo dispuesto en el presente Acuerdo”.

81. El artículo 7.04 del Acuerdo EDICC, basándose en su propia definición de “Diario de Operaciones” como “el registro de todos los Documentos y demás mensajes intercambiados por las partes por conducto de la red EDI” dice que:

“Cada una de las partes reconoce, por la presente, que una copia del expediente permanente conservado en el Diario de Operaciones que haya sido certificada conforme a lo previsto en el presente Acuerdo será admisible en cualquier proceso judicial, administrativo o de otra índole entre las partes a título de presunción válida salvo prueba en contrario de la índole exacta y completa de su contenido al igual que si se tratara de un documento escrito original, y cada una de las partes expresamente renuncia, por la presente, a cualquier derecho que pueda tener a oponerse a la presentación como prueba de una copia permanente debidamente certificada del Diario de Operaciones.”

82. En términos parecidos se expresan el artículo 6.3.2) del Acuerdo de Quebec y el artículo 18 del Acuerdo SITPROSA. En este mismo sentido, se expresa la cláusula 8 de las Directrices ODETTE al decir:

“En caso de litigio entre ellas o por algún otro motivo, las partes no impugnarán la admisibilidad como prueba de una anotación en el Diario, como la mencionada en la cláusula 6, cualquiera que sea la forma en que esa anotación del Diario sea presentada.”

83. Cualquiera que sea el lenguaje utilizado en los arreglos contractuales sobre admisibilidad de las pruebas entre las partes en un acuerdo de comunicaciones por EDI, debe señalarse que un acuerdo de comunicaciones no puede ser utilizado como método para resolver los problemas relacionados con la prueba de los negocios concertados por EDI en lo que pueda afectar a personas que no sean partes en ese acuerdo. Esa dificultad es particularmente evidente en casos en los que la ley nacional exija un documento escrito para fines de contabilidad o fiscales o por cualquier otro motivo reglamentario o cuando la parte ajena a ese acuerdo sea un órgano de la administración pública (véase A/CN.9/333, párrafos 38 a 41). Ahora bien, cabe señalar que esa dificultad se ha resuelto ya en la práctica en algunas situaciones por medio de acuerdos, permisos o concesiones especiales otorgadas por las autoridades públicas que permiten el recurso a técnicas informatizadas de registro para la conservación de datos contables o de otra índole. Cabe señalar también casos en los que esta dificultad se ha intentado resolver mediante la promulgación de leyes especiales. Esa misma dificultad, respecto de los derechos y obligaciones de partes ajenas al acuerdo, es probable que se dé también al irse a formar contratos entre comerciantes que sean partes en diferentes redes de intercambio electrónico de datos (EDI). Cabe prever que en el futuro se multiplicarán las situaciones comerciales en las que intervengan diversas redes EDI a medida que el intercambio electrónico

¹⁸Véase *The Commercial Use of Electronic Data Interchange — A Report*, (Chicago, Illinois, American Bar Association, 1990), p. 56. Publicado asimismo en *The Business Lawyer*, vol. 45, No. 5, June 1990, p. 1680.

de datos se vaya difundiendo y evolucionando desde una estructura de redes cerradas a una estructura más abierta como resultado del recurso a sistemas integradores¹⁹ que pongan en contacto las diversas redes EDI.

b) *El requisito de un original*

84. En muchos ordenamientos jurídicos, acostumbra a ser una de las reglas generales de la prueba que los documentos y demás elementos de un expediente se han de presentar ante los tribunales en su forma original a fin de garantizar que los datos que se presentan al tribunal son los datos originales (véase A/CN.9/265, párrafos 43 a 48). En varios acuerdos modelo se ha dado una definición de documento original en la que se ha seguido la llamada "estrategia de la definición" para eliminar el requisito de la forma escrita. Por ejemplo, el artículo 3.3.2. del Acuerdo ABA dice:

"(Los 'Documentos Firmados') serán considerados, para todos los efectos, ... como 'originales', siempre que hayan sido impresos a partir de ficheros o expedientes electrónicos que se establezcan y mantengan en el giro normal de los negocios."

Conforme a una pauta similar, el artículo 2 del Acuerdo CIRECIT contiene una disposición en la que se dice que las partes "tendrán a los documentos EDI que intercambien por documentos originales". En el artículo 7.04 del Acuerdo EDICC y en el artículo 6.3. del Acuerdo de Quebec figuran asimismo disposiciones que se expresan en términos parecidos.

85. Cabe observar que se han expresado ciertas dudas en la doctrina jurídica de un país al menos con ordenamiento de tradición romanista sobre si una definición contractual de un original podrá apartarse válidamente de una disposición legal por la que se enumere un número limitado de circunstancias en las que una copia podrá sustituir con idéntico valor probatorio al original normalmente requerido²⁰.

c) *Autenticación de los mensajes transmitidos por EDI*

86. La mayoría de los acuerdos modelo contienen alguna regla sobre la autenticación de documentos. Cabe recordar (véase A/CN.9/333, párrafos 50 a 59) que se han desarrollado cierto número de técnicas para autenticar los documentos transmitidos por medios electrónicos. En lo que respecta a la identificación de las telecomunicaciones efectuadas a través de máquinas transmisoras, télex y terminales de una red informática se acostumbra a emplear la técnica de la llamada de retorno y de las claves de verificación para cerciorarse de cuál es la fuente del mensaje. Cabe también combinar varias claves para identificar al operador de una máquina emisora.

¹⁹Se están desarrollando nuevas técnicas para obtener un entorno electrónico integrado. Cabe señalar como un ejemplo de esa evolución la *Computer-aided Acquisition and Logistic Support initiative (CALIS)* de los Estados Unidos de América.

²⁰Véase A. Bensoussan en *La gazette de la télématique et de la communication inter-entreprises*, No. 11, primavera de 1991, pág. 20.

87. Existen muy diversas cláusulas modelo sobre técnicas para verificar la identidad del expedidor y la integridad del mensaje. Por ejemplo, el artículo 1.5. del Acuerdo ABA dice que:

"Cada una de las partes adoptará como firma una identificación electrónica formada por uno o más símbolos o códigos que habrán de ser consignados en cada Documento transmitido por esa parte (Firmas) o incorporados al mismo. Cada una de las partes conviene en que la Firma de esa parte consignada en cualquier Documento transmitido, o que haya sido incorporada a ese Documento, será suficiente para certificar que esa parte es la fuente originaria de ese Documento."

Cabe señalar que esta disposición se ha redactado pensando en el artículo 1-201 del Código de Comercio Uniforme, que da una definición de "firma".

88. El artículo 7.2 del proyecto del Acuerdo TEDIS se refiere a la noción de la "verificación de mensajes" que parece abarcar tanto la identificación del expedidor como la verificación del contenido del mensaje. Su texto dice así:

"Además de los elementos de control aplicables a los mensajes proporcionados por UN/EDIFACT, las partes convendrán entre sí cuáles han de ser los procedimientos, medios o métodos que se hayan de utilizar para la verificación del mensaje. La verificación del mensaje abarca la identificación, la autenticación y la verificación de la integridad de un mensaje, así como de que no ha sido repudiado, y se hace mediante el recurso a una firma digital o a cualquier otro medio o procedimiento que permita establecer que un mensaje es genuino. ..."

89. En lo que concierne a las cuestiones de autenticación, está claro que la fiabilidad jurídica de las técnicas de EDI requiere la introducción de normas muy exigentes que den certeza jurídica a la identidad del expedidor, así como al grado de autorización y la integridad del mensaje. Se ha de señalar, sin embargo, que varía mucho el costo de los diversos métodos de autenticación disponibles. Se puede conseguir por un costo insignificante un acuse de recibo rápido y fiable de que el mensaje ha sido recibido. A un costo algo superior, imputable al empleo de trámites informáticos algo más complejos, será posible verificar que el mensaje se ha recibido intacto y sin errores de comunicación. A un costo aún mayor, se podrá recurrir a técnicas criptográficas que permitan verificar, en una sola operación, la no alteración del mensaje y la identidad del expedidor. Cabría, por ello, sugerir que, al concertar un acuerdo de comunicación por EDI para sus relaciones comerciales, las partes se cercioren de que todos los métodos de verificación previstos son adecuados y de que su costo es razonable, habida cuenta de la índole de los mensajes que vayan a ser efectivamente intercambiados. En los acuerdos modelo se hace raras veces referencia a la índole razonable de los métodos de verificación. Sin embargo, sí se hace esa referencia en el artículo 1.4. del Acuerdo ABA que trata de la obligación que tienen las partes de verificar que el expedidor del mensaje estaba debidamente autorizado. Ese artículo dice:

"Cada una de las partes empleará como es debido esos procedimientos de seguridad ... que cabe considerar

que son un método razonablemente suficiente para cerciorarse de que todas las transmisiones de Documentos están autorizadas y para proteger sus registros y datos comerciales de un acceso indebido.”

El artículo 4.2 del Acuerdo UK-EDIA y el artículo 4.2 del Acuerdo NZEDIA tienen además en cuenta el posible deseo de las partes de convenir en diversos grados de autenticación para verificar “el Mensaje” o “la integridad y la autenticidad del Mensaje”.

d) *Valor probatorio de los registros informatizados*

90. Casi todos los acuerdos modelo contienen una disposición según la cual las partes se obligan a llevar un registro o “diario” de los mensajes EDI. A fin de resolver los problemas del reconocimiento legal de los registros informatizados, algunos acuerdos de comunicaciones estipulan que los métodos de registro utilizados deberán conservar en su formato original todos los mensajes tanto expedidos como recibidos, que ese registro deberá ser cronológico y deberá permitir la recuperación de los mensajes EDI así conservados en forma legible para el ser humano, por ejemplo, mediante el recurso a una impresora.

91. La obligación de llevar un registro de datos aparece en el Acuerdo EDICC y en las Directrices ODETTE (véase párrafos 81 y 82, *supra*), así como en el artículo 7 del Acuerdo UK-EDIA, en el artículo 7 del Acuerdo NZEDIA, en el artículo 7 del Acuerdo CIRECREDIT y en el artículo 6 del Acuerdo FINPRO/CAME. Como ejemplo de una disposición de esta índole cabe señalar el artículo 8 del proyecto del Acuerdo TEDIS que dice:

“8.1 Cada una de las partes llevará un registro completo y cronológico, llamado ‘el diario de datos’, para almacenar todos los mensajes expedidos y recibidos por EDI en el formato original en el que se transmitieron.

8.3 Sin menoscabo de cualquier requisito de derecho interno tanto legislativo como reglamentario, cuando se lleve un diario de datos en forma de un registro electrónico o informatizado, las partes se ocuparán de que los mensajes EDI así almacenados sean fácilmente accesibles en forma legible y, siempre que sea necesario, puedan obtenerse impresos.”

B. Otras cuestiones jurídicas relacionadas con la formación de los contratos

1. Acuse de recibo de los mensajes

92. En la mayoría de las reglas y de los acuerdos modelo sobre comunicaciones se encuentran disposiciones especiales que requieren el empleo sistemático de “acuses de recibo funcionales” (véase A/CN.9/333, párrafos 48 y 49). El acuse de recibo no hace más que confirmar que el mensaje ha llegado a manos del destinatario y no debe entenderse como decisión del destinatario de dar su asentimiento al contenido del mensaje.

2. Consentimiento, oferta y aceptación

93. En los modelos de acuerdo existentes no son demasiado corrientes las disposiciones que hagan referencia a la oferta y la aceptación. Ahora bien, en el artículo 6.02 del Acuerdo EDICC se encuentra una disposición que dice:

“Pese a lo que pueda disponer en contra el Acuerdo de Suministro, la transmisión y recepción de todos los Documentos constitutivos de un Contrato constituirá una oferta de adquirir o de suministrar los productos o servicios especificados en los mencionados Documentos, así como una aceptación de esa oferta.”

No ha de confundirse esta disposición con otras disposiciones sobre acuse de recibo de los mensajes (véase párrafo 92 *supra*). El comentario oficial (véase TRADE/WP.4/R.732, pág. 14) hace ver claramente que esta disposición ha sido incorporada al Acuerdo Modelo a fin de evitar que la utilización por las partes de la Red EDI para el envío de información para fines promocionales o de servicio de productos, para la fijación de precios o para otros fines no contractuales pueda tener efectos o consecuencias jurídicas que las partes no hayan deseado. El artículo 6.02 dispone que de no haber sido presentados los datos en la forma técnica requerida para ser calificados como Documento, esos datos conservarán el carácter de mensaje “comercial” para el que no se ha previsto ningún efecto jurídico.

94. Por principio, las cuestiones relacionadas con la oferta y la aceptación pueden tener particular importancia en el marco del EDI, ya que el EDI crea nuevas oportunidades para la automatización del proceso de adopción de las decisiones (véase A/CN.9/333, párrafos 60 a 64). Esa automatización puede incrementar la posibilidad de que, debido a la falta de un control directo de los propietarios de las máquinas, se envíe un mensaje y se forme un contrato que no refleje la intención real de una o más de las partes en el momento de formarse el contrato. La automatización aumenta también la posibilidad de que, de emitirse un mensaje que no refleje la intención del expedidor, ese error pasará desapercibido tanto para el expedidor como para el destinatario hasta que el contrato erróneamente formado empiece a ser aplicado. Las consecuencias de ese error en la formulación de un mensaje pueden, por consiguiente, ser mayores con el EDI que con los medios tradicionales de comunicación.

3. Condiciones generales

95. Cabe recordar (véase A/CN.9/333, párrafos 65 a 68) que el principal problema planteado por las condiciones generales incorporadas a un contrato consiste en saber en qué medida podrán hacerse valer esas condiciones contra la otra parte contratante. En muchos países, los tribunales considerarán si cabe deducir razonablemente del contexto que la parte contra la que se esgrimen las condiciones generales ha tenido la posibilidad de informarse sobre su contenido o si cabe presumir que esa parte ha aceptado expresa o implícitamente no oponerse a una aplicación total o parcial de las mismas.

96. El EDI ni está equipado ni ha sido pensado para transmitir todas las cláusulas jurídicas de las condiciones

generales que aparecen impresas en el reverso de los pedidos, acuses de recibo y demás documentos consignados sobre papel que utilizan los comerciantes. Esa dificultad pudiera ser resuelta incorporando las cláusulas uniformes al acuerdo de comunicación concertado entre las partes en una relación comercial. Como ejemplo de esa posibilidad, cabe citar el artículo 6.03 del Acuerdo EDICC que dice que:

“Cada Contrato formado entre las partes constará de los Documentos recibidos por conducto de la red EDI y llevará incorporadas las disposiciones del presente Acuerdo y del Acuerdo de Suministro que le serán por ello aplicables. . . .”

El comentario oficial explica que:

“Antes de concertar el presente Acuerdo, las partes habrán consignado normalmente las cláusulas comerciales de sus operaciones en un acuerdo básico, o mediante el intercambio de formularios contractuales uniformes. De haber surgido entonces una controversia sobre las cláusulas y condiciones de sus contratos, el tribunal judicial o arbitral hubiera tratado de resolverlo remitiéndose a esos formularios. Esta disposición facultativa va destinada a las partes que adjuntan sus formularios antiguos [a los contratos que conciertan por medios electrónicos]. El resultado que se pretende es que su situación jurídica no se vea modificada por la adopción del EDI como vía de comunicación. Siempre que sea posible, las partes deberán procurar conciliar las cláusulas y condiciones de sus Contratos en un único acuerdo básico firmado por ellas. Con ello se facilitará la solución de las controversias y es muy probable que se impida además que muchos motivos eventuales de controversia lleguen a ocasionar problemas entre las partes.”

4. Fecha y lugar de la formación del contrato

97. Las partes en un contrato tienen un interés práctico en conocer la fecha y el lugar de la formación del contrato. Al formarse el contrato, las partes quedarán obligadas por las obligaciones jurídicas que hayan acordado y el contrato podrá empezar a surtir efecto. En diversos ordenamientos jurídicos se hará referencia al momento en que se forma el contrato para determinar, entre otras cuestiones, el momento en que el oferente pierde su derecho a retirar su oferta y el aceptante pierde su derecho a retirar su aceptación; la aplicabilidad de la legislación que haya entrado en vigor durante las negociaciones; el momento de la transferencia del título y el traspaso del riesgo de pérdida o daño en el supuesto de venta de mercancías identificadas; y el precio, de ser aplicable el precio del mercado en el momento de la formación del contrato. En algunos países, el lugar donde se forme el contrato pudiera ser también una consideración importante para la determinación de las prácticas o usos comerciales aplicables, del tribunal competente en caso de litigio y de la ley aplicable en derecho internacional privado (véase A/CN.9/333, párrafo 69).

98. Al tratar de la cuestión del lugar y la fecha de la formación de los contratos en el contexto de una relación entablada por EDI, las partes tendrán a menudo ocasión de optar entre la regla de la expedición y la regla de

la recepción, que son las dos soluciones más usuales en los ordenamientos jurídicos actuales (véase A/CN.9/333, párrafos 72 a 74). Ciertamente es ésta una de las importantes cuestiones que se acostumbra resolver en un acuerdo de comunicaciones, de no estar ya resuelta en alguna norma legal de derecho imperativo.

99. En el artículo 10.2. del proyecto de Acuerdo TEDIS se habla del lugar y de la fecha de la formación de los contratos en los términos siguientes:

“En lo que respecta a la formación de un contrato, se estimará que un contrato concertado por EDI se perfecciona en el momento y el lugar en que el mensaje por EDI en el que conste la aceptación de una oferta haya sido puesto a disposición del sistema de información del destinatario (regla de la recepción).”

100. En el Acuerdo EDICC existe una disposición de idéntico alcance que define la “recepción debida” y la eficacia jurídica de los mensajes EDI como sigue:

“Se considerará que el Documento ha sido debidamente recibido cuando esté accesible al Destinatario en su Terminal de Recepción. Ningún Documento surtirá efecto jurídico hasta que haya sido recibido.”

5. Responsabilidad por defecto o error en la comunicación

101. Una cuestión no directamente relacionada con la formación de los contratos pero que habrá de ser tratada en el marco contractual de una relación por EDI es la determinación de cuál de las partes debe soportar el riesgo de un defecto en la comunicación de una oferta, de una aceptación o de cualquier otra forma de comunicación destinada a producir un efecto jurídico, como sería una orden de entregar las mercancías a un tercero. Cabe señalar que los acuerdos modelo suelen ocuparse del error y del defecto de la comunicación en una misma disposición.

102. El artículo 12 del proyecto de Acuerdo TEDIS dice:

“Cada una de las partes será responsable de cualquier daño directo ocasionado por un incumplimiento deliberado de este acuerdo o que pueda resultar de ese incumplimiento, así como de cualquier defecto, demora o error en la expedición o en la recepción de cualquier mensaje o en la adopción de una decisión relativa al curso que se le ha de dar. Ninguna de las partes habrá de responder ante la otra por las pérdidas indirectas (“*incidental or consequential damage*”) que hayan sido ocasionadas por o que resulten de ese incumplimiento, defecto, demora o error.

Las obligaciones de cada una de las partes impuestas por el presente acuerdo de intercambio electrónico de datos quedarán suspendidas durante el período y en la medida en que una de las partes haya sido impedida, por fuerza mayor, de cumplir con la mencionada obligación o se haya visto obligada a demorarla.

Al percatarse de cualquier circunstancia que resulte en defecto, demora o error de la comunicación, cada parte deberá informar inmediatamente a la otra o a las demás

partes en el presente acuerdo y las partes en el presente Acuerdo deberán hacer lo posible para ponerse en comunicación por otras vías.”

103. El artículo 16 del proyecto de Acuerdo SITPROSA adopta un enfoque algo distinto al decir:

“16.1 El riesgo y la responsabilidad por cualquier defecto en la transmisión y por los daños que de ello resulten recaerán sobre el Expedidor:

- a. sin menoscabo de las excepciones descritas en la cláusula 16.2; y
- b. con la salvedad de que el Expedidor no habrá de responder de ningún daño indirecto por el que no hubiera de responder de haber incumplido alguna de las cláusulas del Contrato Principal o alguna otra cláusula en la que haya expresamente convenido.

16.2 Pese a que Expedidor habrá de responder de la integridad y de la exactitud del TDM [*Trade Data Message* — mensaje de datos comerciales], el Expedidor no habrá de responder de las consecuencias que dimanen de la confianza depositada en un TDM cuando:

- a. el error sea razonablemente evidente, por lo que debiera haber sido detectado por el Destinatario;
- b. no se hayan observado los procedimientos convenidos para la autenticación o verificación del mensaje.”

6. Títulos negociables

104. En las Reglas CMI se abordan ciertas cuestiones jurídicas concretas que plantean los conocimientos de embarque negociables. En el WP.4 se están celebrando conversaciones con miras a definir un formulario de un “conocimiento electrónico de embarque”. La utilización del intercambio electrónico de datos (EDI) en el campo de los títulos negociables plantea dos cuestiones. La primera es la de determinar si será posible acomodar en contexto electrónico la negociabilidad y demás características de los títulos negociables. La segunda cuestión es la de saber si será posible resolver las cuestiones suscitadas por estos títulos en el marco de un contrato o de otro acuerdo facultativo concertado por las partes o si será preciso recurrir a la ley.

105. Las Reglas CMI articulan un sistema que preserva la función de negociabilidad en el conocimiento electrónico de embarque mediante el empleo por el porteador de una cifra secreta (“clave confidencial”). El artículo 7 (“derecho de control y de transferencia”) dice:

- “a. El Tenedor es la única parte que está facultada frente al porteador para:
- i) requerir la entrega de las mercancías;
 - ii) designar al destinatario o reemplazar a ese destinatario por alguna otra parte o por sí mismo;
 - iii) transmitir el Derecho de Control y de Transferencia a alguna otra parte;
 - iv) dar instrucciones al porteador sobre cualquier otro tema relativo a las mercancías, de conformidad con las cláusulas y condiciones del Contrato de Transporte, al igual que haría si

fuera el tenedor de un conocimiento de embarque consignado sobre papel.

- b. La transmisión del Derecho de Control y de Transferencia se efectuará:
 - i) por notificación del Tenedor actual al porteador de su intención de transmitir su Derecho de Control y de Transferencia a un nuevo Tenedor propuesto; y
 - ii) por confirmación por el porteador de ese mensaje de notificación; en cuyo momento
 - iii) el porteador transmitirá al nuevo Tenedor propuesto la información mencionada en el artículo 4 (a excepción de la Clave Confidencial); tras lo cual
 - iv) el nuevo Tenedor propuesto informará al porteador de su aceptación del Derecho de Control y de Transferencia; en cuyo momento
 - v) el porteador cancelará la Clave Confidencial en curso y atribuirá al nuevo Tenedor una nueva Clave Confidencial.
- c. De informar el nuevo Tenedor propuesto al porteador de que no acepta el Derecho de Control y de Transferencia o de no haber informado al porteador de esa aceptación dentro de un plazo razonable, no tendrá lugar la transferencia propuesta del Derecho de Control y de Transferencia. El porteador dará notificación de ello al actual Tenedor y la Clave Confidencial en curso conservará su validez.
- d. La transmisión del Derecho de Control y de Transferencia efectuada de la manera anteriormente descrita tendrá igual efecto que una transmisión de ese derecho efectuada por medio de un conocimiento de embarque consignado sobre papel.”

Artículo 8 (“Clave Confidencial”) dice:

- a. La Clave Confidencial habrá de ser única para cada Tenedor sucesivo. Esa clave no es transferible por el Tenedor. El porteador y el Tenedor deberán ambos velar por la seguridad de la Clave Confidencial.
- b. El porteador sólo estará obligado a enviar la Confirmación de un mensaje electrónico al último Tenedor al que haya atribuido una Clave Confidencial, cuando ese Tenedor asegure la transmisión que contenga el mencionado mensaje electrónico haciendo uso de la Clave Confidencial.
- c. La Clave Confidencial deberá ser independiente y distinta de cualquier medio utilizado para identificar el Contrato de Transporte, y de cualquier identificación o código que se utilice para obtener acceso a la red informática.

106. Otra opinión sobre las cuestiones suscitadas por los títulos negociables en un contexto de EDI se ha mostrado favorable al empleo de títulos o documentos de transporte no negociables. Esa opinión puede verse reflejada en el primer proyecto de la declaración de principios de la CCI en la que se dice que:

“Muchos de los llamados obstáculos al empleo del EDI no son verdaderos obstáculos sino hábitos comerciales

muy antiguos que habrán de modificarse para poder aprovechar al máximo las ventajas del EDI. . . . Un ejemplo de esos llamados obstáculos es el difundido error de que las operaciones que requieren el empleo de títulos negociables representados por escrituras firmadas no son tramitables por EDI, lo cual no es cierto, ya que esas operaciones pueden tramitarse mediante el recurso a mensajes electrónicos no negociables.”²¹

107. En cuanto a la posibilidad de que un sistema electrónico que haya previsto la negociabilidad de los títulos de transporte pueda funcionar satisfactoriamente sobre una base puramente contractual, cabe preguntar si todas las personas a las que se transmite actualmente el título sobre las mercaderías en tránsito mediante el empleo de un conocimiento de embarque negociable consignado sobre papel estarían dispuestas o en condiciones de poder entrar a ser parte de un acuerdo contractual constitutivo de una red electrónica de comunicaciones que regulara los derechos y obligaciones de las partes en la propia operación de transporte. Cabe pensar que, al menos, aquellas partes en una operación de transporte que sean ajenas al acuerdo constitutivo de la red de comunicaciones sí precisarían de alguna norma de derecho legal o de derecho internacional convencional.

108. Un comentarista de este tema ha observado que:

“Es muy probable que el empleo de títulos de transporte negociables vaya disminuyendo en el futuro. La práctica comercial irá prefiriendo el sistema del conocimiento de embarque no negociable o irá sustituyendo por completo los títulos de transporte al irse transfiriendo la información que contienen por medios electrónicos. Tal vez así suceda respecto de la información, pero el comercio internacional seguirá necesitando igual que antes de algún método de transferencia del derecho del vendedor al comprador en una compraventa internacional. ¿Cabe preguntar si existe alguna otra solución satisfactoria que no sea la de elaborar un convenio internacional sobre la transferencia del título sobre las mercancías en tránsito de un país a otro? Es muy probable que estas cuestiones polaricen los debates de aquí a finales del presente siglo.”²²

III. POSIBLE LABOR DE LA COMISIÓN

A. Acuerdo uniforme de comunicaciones

109. Se indicó en su momento que se han elaborado ya o se están elaborando numerosos acuerdos o directrices de comunicaciones (véase párrafo 63, *supra*). Se ha señalado que esos documentos varían considerablemente al variar también las necesidades de las diversas categorías de usuarios a las que van destinados. Esta diversidad de arreglos contractuales se ha considerado en ocasiones como un

obstáculo para el desarrollo de un marco jurídico satisfactorio para la utilización comercial del intercambio electrónico de datos (EDI). No obstante, los estudios preliminares efectuados por la Secretaría, que han sido resumidos en el documento A/CN.9/333 y en el presente informe, no sugieren que sea necesario que todas las relaciones del EDI se desarrollen en el marco de un régimen jurídico estrictamente uniforme. Dada la diversidad de las relaciones comerciales que han sido o podrán verse afectadas por el EDI, es probable que resulte imposible conseguir esa uniformidad. Ahora bien, esos estudios preliminares sugieren también que será necesario elaborar un marco general que permita identificar las cuestiones importantes y que proporcione un cuerpo básico de los principios y reglas de derecho aplicables a las comunicaciones canalizadas por conducto del EDI. Otra de las conclusiones de esos estudios preliminares es que ese marco básico puede ser creado, pero hasta cierto punto únicamente, mediante arreglos contractuales entre las partes en una relación EDI. Parece ser que los marcos contractuales existentes que se proponen a la comunidad de usuarios del EDI son a menudo incompletos, mutuamente incompatibles e inapropiados para su utilización internacional por depender en gran medida de las estructuras de derecho interno local.

110. Cabe observar que, pese a que diversos órganos técnicos, instituciones de normalización y organizaciones internacionales han emprendido numerosas actividades (véase párrafo 64, *supra*) con miras a clarificar las cuestiones relacionadas con el EDI, ninguna de las organizaciones que se ocupan primordialmente de la armonización mundial de las normas de derecho ha comenzado, hasta la fecha, a trabajar sobre el tema de un acuerdo de comunicaciones. Las Reglas CMI, que constituyen una tentativa valiosa por introducir el conocimiento de embarque electrónico, contienen una disposición sustantiva en la que se aborda el problema de la negociabilidad en un marco electrónico, pero esas reglas no se ocupan de todas las cuestiones jurídicas a que da lugar el que los comerciantes se comuniquen entre sí por EDI. La Comisión de las Comunidades Europeas está desarrollando, a través del programa TEDIS, un acuerdo modelo que puede tener un gran interés regional pero que no está destinado a ser utilizado en todo el mundo.

111. Con miras a lograr armonizar las reglas básicas del intercambio electrónico de datos (EDI) para la promoción de su empleo en el comercio internacional (véase párrafo 63, *supra*), la Comisión tal vez desee examinar la conveniencia de preparar un acuerdo uniforme de las comunicaciones destinado al comercio internacional. La labor de la Comisión en esta esfera sería de particular interés por darse por descontado que participarían en ella representantes de todos los ordenamientos jurídicos, así como representantes de países en desarrollo que han tropezado ya o tropezarán pronto con las cuestiones que suscita el EDI.

B. Otras posibles actividades futuras

112. Como se ha señalado en diversos documentos y reuniones relativas al EDI, por ejemplo, en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites

²¹Joint Working Party on Legal and Commercial aspects of EDI — Draft ICC policy statement on the development of EDI in international trade (documento de la CCI, No. 460-10/Int. 14 Rev.2, París, 12 de abril de 1991).

²²Jan Ramberg, *The International Commercial Law Series*, vol. 1, “International Carriage of Goods: Some Legal Problems and Possible Solutions” (1988).

comerciales internacionales (WP.4) de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, se tiene en general la impresión de que pese a la labor efectuada desde que se aprobó la Recomendación de la CNUDMI de 1985 (véase párrafo 2, *supra*) y la Recomendación de la CEPE de 1979 (véase A/CN.9/333, párrafo 51), se ha progresado muy poco en la labor de ir eliminando de la legislación nacional la obligatoriedad legal del papel y de la firma escrita. El Comité Noruego sobre Procedimientos Comerciales (NORPRO) ha sugerido, en una carta a la Secretaría, que "una de las razones por las que se ha progresado tan poco pudiera ser que la recomendación de la CNUDMI señala la necesidad de una actualización jurídica, pero sin dar ninguna indicación de cómo efectuarla". Cabe recordar que el Grupo de Trabajo sobre facilitación de los trámites comerciales internacionales (WP.4) de la Comisión

Económica para Europa de las Naciones Unidas, ha decidido preparar un cuestionario sobre las barreras jurídicas que obstaculizan el recurso al EDI en los diversos ordenamientos jurídicos. La Secretaría se mantendrá al corriente de los resultados de esa encuesta e informará a la Comisión sobre la posible labor que cabría efectuar en la materia.

113. Otra esfera en la que cabría iniciar alguna labor futura es el tema de la sustitución de los títulos negociables (véase párrafos 104 a 108, *supra*) y más concretamente de los documentos de transporte por mensajes EDI. Es ésta la esfera en la que la creciente utilización del EDI hace sentir con mayor urgencia la necesidad de un marco legal adecuado. Tal vez la Comisión desee pedir a la Secretaría que prepare un estudio sobre la conveniencia y viabilidad de preparar ese texto.