



Asamblea General

Distr. limitada
12 de agosto de 2004
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)
44º período de sesiones
Viena, 11 a 22 de octubre de 2004

Aspectos jurídicos del comercio electrónico

Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*)

Guía de la CCI para la contratación electrónica

Nota de la Secretaría

Bajo la cobertura de una carta fechada el 30 de julio de 2004, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) hizo llegar a la Secretaría un ejemplar de sus cláusulas contractuales 2004 para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*), junto con la Guía de la CCI para la contratación electrónica conforme fueron aprobadas, por la Comisión de la CCI sobre Derecho y Prácticas Comerciales y la Comisión para el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones. La carta recibida de los dos copresidentes del Grupo Especial de la CCI encargado del tema de la contratación electrónica indica, entre otras cosas, que la CCI agradecería toda contribución que le llegue de la CNUDMI sobre el proyecto de texto, que se tiene previsto reconsiderar durante el otoño, poco después del 44º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

En los anexos de la presente nota se reproduce el texto de la carta anteriormente mencionada y de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI, así como el texto de la Guía para la contratación electrónica, conforme se recibieron en la Secretaría.



Anexo I

Jernej Sekolec
Secretario
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho
Mercantil Internacional
Centro Internacional de Viena
Wagramerstrasse
P. O. Box 500
1400 Viena
Austria

30 de julio de 2004 JA/ef

Estimado Señor Sekolec,

Nos complacemos en enviarle un ejemplar de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (*ICC eTerms 2004*) y de la Guía de la CCI para la contratación electrónica, conforme fueron aprobados por la Comisión de la CCI sobre Derecho y Prácticas Comerciales y por la Comisión de la CCI para el comercio electrónico, la tecnología de la información y las telecomunicaciones.

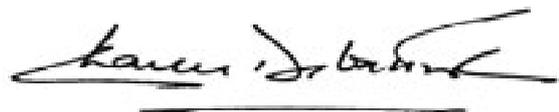
Como hemos indicado repetidas veces en las reuniones del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, la CCI aprecia sumamente las contribuciones que recibe de la secretaría de la CNUDMI y de los delegados nacionales que asisten a las reuniones de sus Grupos de Trabajo. Confiamos sinceramente en que los textos adjuntos coadyuven al éxito de su labor en la reunión que se celebrará en el mes de octubre con miras a preparar una convención de la CNUDMI sobre la contratación electrónica, en cuyas deliberaciones nos será grato participar y en el curso de la cual responderemos a toda pregunta que los delegados nacionales deseen hacernos sobre el curso de nuestra propia labor. Le agradeceríamos, por ello, que incluya el presente documento como documento oficial del período de sesiones del mes de octubre. Tenemos asimismo previsto enviar esta documentación directamente a los delegados de los diversos países.

El presente documento será puesto a la venta y prestaremos detenida atención a todo comentario que deseen hacer la CNUDMI y los delegados asistentes a la próxima reunión del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico que tendrá lugar en el mes de octubre. Durante el otoño, un poco después de la reunión de octubre del Grupo de Trabajo, se tiene previsto pasar revista al documento actualmente presentado. Dado que se desea que dicho documento sea actualizable y que pueda ser enmendado en función de las necesidades del mercado, nos será sumamente agradable poder examinar las observaciones que se nos hagan llegar sobre las cláusulas contractuales para el comercio electrónico y sobre la Guía de la CCI para la contratación electrónica, que serán debidamente incorporadas al proceso de examen de dichos documentos.

Le saluda atentamente,



Christopher Kuner
Co-Chair, CCI Task Force on Electronic Contracting



Charles Debattista
Co-Chair, CCI Task Force on Electronic Contracting

Anexo II

Comisión de Derecho y Prácticas Comerciales
Comisión para el comercio electrónico, la tecnología de la
información y las telecomunicaciones

**Grupo Especial encargado del tema de la contratación
electrónica**

**Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico
Guía de la CCI para la contratación electrónica**

Ventajas prácticas de las cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)¹

- Las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico tienen por objeto dotar de mayor certeza o seguridad jurídica a todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica.
- Las cláusulas 2004 de la CCI constan de dos breves cláusulas, fáciles de incorporar a su contrato, que estipulan en términos claros que ambas partes en su contrato obran en la intención de quedar obligados por los términos de un contrato concertado por vía electrónica.
- Las cláusulas 2004 de la CCI no afectarán en modo alguno al contenido de su contrato, ni interfieren con ninguna de sus condiciones: simplemente facilitan la negociación por vía electrónica de un contrato.
- Cabrá utilizar las cláusulas 2004 de la CCI para todo contrato de venta o transferencia, por algún otro título, de bienes o de derechos, o para la contratación de servicios.
- Las cláusulas 2004 de la CCI son utilizables para contratar por vía electrónica ya sea a través de Internet, por correo electrónico o por EDI.

¹ Nota: Texto que ha de insertarse al ser publicado en el sitio de la CCI en Internet:

Pulse para acceder a [ICC eTerms 2004](#)

Encontrará asimismo, en este sitio de la CCI la guía complementaria de las cláusulas contractuales ICC eTerms 2004, titulada [ICC Guide to eContracting](#). En esta guía se explica cómo procede aplicar en su contrato las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico y se enumera una serie de medidas prácticas que podrá adoptar para facilitar su propia contratación por vía electrónica.

Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico: introducción

La manera de negociar un contrato, es decir, el medio físico por el que se deja constancia del *acuerdo* de quedar obligado con otro comerciante respecto de determinado compromiso comercial, es un factor importante, ya que el *cómo* determina el *cuándo* del compromiso contraído con la otra parte (es decir, el *cierre* de la operación) y sirve asimismo para dejar constancia de las condiciones de su compromiso con la otra parte y de las cláusulas de su contrato.

Los comerciantes descubrieron muy pronto vías para dejar constancia de su intención de quedar mutuamente obligados en un trato. El mercado se ha adaptado con rapidez e imaginación a los cambios sucesivos de la tecnología a lo largo del tiempo, desde los primitivos tratos de palabra o el simple cruce de manos hasta la firma de documentos y el intercambio postal o telefónico de mensajes, o su envío por télex o telefax. El mercado ha sabido adaptarse a dichos cambios y sacar provecho de todos ellos, por lo que no cabe dudar de que sabrá adaptarse y sacar provecho, una vez más, del intercambio de mensajes electrónicos. La cuestión a dilucidar ha sido, a lo largo del tiempo, siempre la misma: ¿se ha dejado suficiente constancia del intercambio de mensajes entre las partes para probar que han concertado un determinado compromiso comercial, es decir, un contrato por el que se han vinculado mutuamente entre sí?

La CCI ofrece al mundo comercial el presente documento, para dar respuesta a los retos y oportunidades de las nuevas tecnologías. El documento consta de dos secciones.

En primer lugar, se muestra cómo al hacer suyas las **cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, las partes dejan en claro, para todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia sobre el curso de su contrato, que no existe controversia alguna respecto de la vía técnica seguida para su negociación. Las **cláusulas 2004 de la CCI** dejan constancia de la voluntad de las partes en negociar por *vía electrónica*: lo que supone una cuestión menos para resolver y en la que gastar tiempo y dinero.

En segundo lugar, la CCI reconoce que la rapidez y facilidad de la negociación electrónica abre nuevas oportunidades pero suscita asimismo ciertas inquietudes. Será más fácil dar respuesta a dichas inquietudes, si los interesados adoptan ciertas precauciones sencillas, prácticas y flexibles, sin tener que recurrir a medidas legislativas de alcance internacional o a cláusulas contractuales. Partiendo de este criterio, en la segunda sección se presenta una **Guía de la CCI para la contratación electrónica**, en donde se ilustran las medidas que todo comerciante podrá adoptar para negociar con la debida seguridad un contrato por vía electrónica.

Las cláusulas 2004 de la CCI han sido concebidas para la contratación por vía electrónica entre comerciantes. Expresan sin ambigüedad el deseo de negociar por vía electrónica un contrato y de definir ciertos criterios necesarios para determinar el momento en el que el contrato será firme o válido. Dichas cláusulas no han sido concebidas para negociar con consumidores y no facultan necesariamente para negociar por vía electrónica en supuestos en los que la ley aplicable al contrato considerado no autorice la contratación electrónica. Todo usuario de estas cláusulas deberá familiarizarse con el régimen general de los contratos que sea aplicable con arreglo al derecho interno antes de confiar la suerte de su contrato al empleo de dichas cláusulas.

Índice

	<i>Página</i>
Ventajas prácticas de las cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)	1
Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico: introducción	2
A. Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico	4
Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico	4
Cláusula 2: expedición y recepción	4
B. Guía de la CCI para la contratación electrónica	5
B.1 Cómo procede utilizar las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)	5
B.2 Validez jurídica de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico	6
B.3 Límites de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico ...	7
B.4 ¿En nombre de quién se negocia?	7
B.5 Conocer a la otra parte	10
B.6 Formulación de un contrato electrónico	10
B.7 Especificaciones técnicas	13
B.8 Amparo de la confidencialidad	13
B.9 Gestión de todo riesgo funcional o avería técnica	15

A. Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico

Las partes están de acuerdo en que:

- 1.1 la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones que sean mutuamente válidos y ejecutables; y en que,
- 1.2 en la medida de lo que sea permisible con arreglo a la ley por lo demás aplicable, todo mensaje electrónico será admisible a título de prueba, con tal de que dicho mensaje haya sido enviado a alguna dirección explícita o implícitamente indicada por el destinatario y en el formato previsto, de haberse designado alguno; y en que
- 1.3 no se impugnará la validez de una comunicación intercambiada o de un acuerdo concertado entre ellas por el solo hecho de que se haya utilizado la vía electrónica, con independencia de si dicho empleo se hizo bajo la supervisión de alguna persona natural.

Cláusula 2: expedición y recepción

2.1 Se tendrá² todo mensaje electrónico por:

- a) expedido o enviado al entrar dicho mensaje en un sistema de información que esté fuera del control del expedidor; y por
 - b) recibido en el momento en el que el mensaje ingrese en un sistema de información designado por el destinatario.
- 2.2 De haberse enviado un mensaje electrónico a un sistema de información que no sea el designado por el destinatario, se tendrá dicho mensaje por recibido en el momento en el que llegue al conocimiento de su destinatario.
- 2.3 Para los fines del presente contrato, todo mensaje electrónico se tendrá por expedido o enviado desde el lugar donde el expedidor tenga su establecimiento y se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento.

² Véase la Guía para la contratación electrónica: subsección B3.

B. Guía de la CCI para la contratación electrónica

B.1. Cómo procede utilizar las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004)

Como se hace ver más adelante en la subsección B.2, al examinarse la validez eventual de las **cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, tal vez exista alguna norma de derecho interno imperativo que suponga un obstáculo para la negociación por vía electrónica de un contrato. No obstante, en la mayoría de los casos, el hecho de explicitar claramente la intención de las partes en un contrato de quedar mutuamente obligadas por el intercambio de mensajes electrónicos dará validamente a conocer, a todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia entre las partes, que éstas concertaron libre y voluntariamente su contrato por vía electrónica. Por ello no es de prever, en la mayoría de los casos, que el derecho interno aplicable invalide un contrato por el mero hecho de que haya sido concertado por vía electrónica.

Por ello mismo, el texto de las **cláusulas 2004 de la CCI** (véase su cláusula 1.1), comienza por expresar que las partes están de acuerdo en concertar un contrato obligatorio mediante el intercambio de mensajes electrónicos, dando así claramente a conocer, a todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia, que las partes están de acuerdo con el principio inspirador de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, y el interés de las partes está en que dicha intención quede clara.

Cabe señalar tres vías por las que las partes en un contrato pueden dejar constancia de su intención de obrar de común acuerdo con **las cláusulas 2004 de la CCI**:

- a] las partes, sin excederse de ningún límite estatuido por el derecho interno aplicable (véase seguidamente la subsección B.2), podrán, incorporar por simple remisión contractual a las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, incorporar dichas cláusulas a todo contrato que concierten por vía electrónica, es decir por correo electrónico o por alguna aplicación de Internet;
- b] las partes en un contrato podrán firmar e intercambiar una versión impresa sobre papel de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, indicando la categoría o serie de contratos a los que serán aplicables y el plazo durante el que serán aplicables (p.ej.: toda venta de ciertas mercancías concertada entre las partes durante los próximos dos años);
- c] las partes podrán simplemente intercambiar mensajes electrónicos en los que se indique que hacen suyas las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, pasando luego a negociar su contrato por vía electrónica, lo que constituye una presunción *de facto* de que desean negociar por dicha vía.

Siempre que una parte se sienta segura de que la otra parte contrata habitualmente por vía electrónica y el derecho interno aplicable no suponga obstáculo alguno para dicha vía, tal vez sea recomendable obrar conforme a lo indicado en la opción a)].

Si las partes se sienten particularmente inquietas acerca de la validez eventual del contrato concertado por vía electrónica en el marco del derecho interno aplicable, tal vez sea recomendable que procedan conforme a lo indicado en la opción b)].

En la mayoría de los ordenamientos, la opción c)] surtirá el mismo efecto que la opción a)], al tiempo que deja mayor margen para negociar todo extremo controvertido. Las partes deberán seleccionar la opción aplicable a la luz de todas las circunstancias de la operación que deseen concertar.

Debe insistirse en que, incluso sin haber incorporado por remisión a su contrato las **cláusulas 2004 de la CCI**, si las partes empiezan a dar curso al contrato que hayan concertado por vía electrónica, es probable que la mayoría de los árbitros o jueces de cualquier país dictaminen en sus laudos o sentencias que existe un contrato válido entre las partes.

B.2 Validez jurídica de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Pese a la validez jurídica general de los contratos electrónicos, cabe prever supuestos en los que el derecho interno aplicable exija que cierto contrato sea consignado sobre papel y lleve firma manuscrita. Cabe entonces preguntarse si las **cláusulas 2004 de la CCI** son válidamente invocables cuando la ley aplicable al contrato negociado entre las partes sea la de dicho país.

Tal vez sea exagerada esta inquietud. La difusión cada vez mayor de la contratación electrónica, así como el ahorro que supone, hace que en la mayoría de los países, se recomiende positivamente o, al menos, se tolere la práctica de contratar por vía electrónica, incluso en aquellos casos en los que el derecho interno presuponga el canje de algún documento escrito entre las partes en un contrato, dicha práctica comercial tal vez no sea de derecho imperativo, por lo que se reconocerá la validez de las **cláusulas 2004 de la CCI**, siempre que las partes hayan obrado de común acuerdo, dado que el principio de la autonomía contractual es prácticamente universal.

No obstante, en algunos países puede haber alguna regla de derecho imperativo, inviolable por vía contractual, que excluya taxativamente la contratación electrónica, al hacer depender la validez de cierto contrato del canje de algún documento consignado y firmado sobre papel.

De ser este el caso, no debe concluirse necesariamente que no sea posible contratar por vía electrónica: cabe convencer a la otra parte sobre las ventajas económicas de la contratación electrónica y recabar asistencia letrada local para averiguar si el derecho del lugar prohíbe o

meramente no ha previsto la contratación electrónica, y en el supuesto de que la prohíba tal vez proceda ponerse de acuerdo con la otra parte para obrar de modo que el contrato se rija por la ley de algún otro lugar donde se reconozca la validez de esta vía de contratación.

B.3 Límites de las cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico

Si bien es importante insistir en la importancia de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, también lo es conocer los límites de dichas cláusulas. El primero y más evidente es que dichas cláusulas no forman, por sí solas, un contrato sustantivo donde se enuncien los derechos y las obligaciones de los contratantes, referentes tal vez a la venta de mercancías o a la prestación de algún servicio. Por ejemplo, el riesgo de alguna disfuncionalidad en la transmisión del mensaje se regirá por lo dispuesto al respecto en el contrato o en el derecho interno aplicable. Dichas cuestiones podrán regularse en el propio contrato, cuya negociación se verá facilitada por las **cláusulas 2004 de la CCI**, pero dichas cláusulas no suplen en modo alguno toda laguna contractual al respecto.

En segundo lugar, las **cláusulas 2004 de la CCI** no resuelven todas las cuestiones a las que puede dar lugar la negociación de un contrato. Por ejemplo, si alguna de las partes se vale para sus contratos de ciertas condiciones contractuales normalizadas (CCN), y si cada una de las partes desea contratar con arreglo a sus propias CCN, en vez de con arreglo a las de la otra parte, la cuestión controvertida de cuáles son las CCN aplicables al contrato no se regirá por las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico** sino por el derecho interno que sea declarado aplicable a dicho contrato.

La finalidad básica de las **cláusulas 2004 de la CCI** es la de estipular un régimen contractual uniforme conforme al cual las partes podrán negociar su contrato por vía electrónica sin correr el riesgo de que la otra parte aduzca más adelante que el contrato se concertó por vía electrónica para impugnar su validez jurídica.

B.4 ¿En nombre de quién se negocia?

Pese a que la contratación por vía electrónica suscita menos problemas jurídicos de lo que cabría en principio imaginar, existen riesgos dimanantes de las propias ventajas de la nueva tecnología, a saber, su rapidez y facilidad de empleo. Al ser la contratación electrónica tan fácil y rápida de concluir, la empresa tal vez corra el riesgo de encontrarse obligada por un contrato sin haber tenido tiempo de reflexionar sobre la conveniencia de celebrarlo. Este riesgo puede darse, en particular, para una empresa pequeña que no se haya habituado aún a la contratación electrónica.

Dicha consideración suscita tres cuestiones conexas, es decir, las de saber 1) cuál es la persona que haya sido facultada por su empresa para contratar por vía electrónica; 2) cómo

determinar si su empresa o sociedad admite o está dispuesta a quedar vinculada por contratos negociados por vía electrónica; y 3) qué sucede cuando se ha pulsado un botón indebido (es decir, cuando una de las partes en el contrato comete un error en el curso de la negociación).

Autoridad para contratar por vía electrónica

Toda empresa o sociedad ha de recurrir a los servicios de una persona natural que se encargará de negociar en nombre de la sociedad, por lo que toda sociedad deberá tener su propio estatuto o régimen interno para determinar, de entre su personal directivo o empleados, cuál ha de ser la persona facultada para negociar en nombre de la empresa con autoridad para que dicha empresa quede obligada frente a terceros.

Debe tenerse, no obstante, presente que:

- i] en muchos ordenamientos jurídicos, una sociedad mercantil quedará obligada frente a la otra parte en un contrato si algún directivo o empleado de la empresa, que actúe en su nombre, *parece obrar* frente a la otra parte en la negociación con la autoridad requerida para negociar en nombre de la empresa, aun cuando dicha persona no esté *efectivamente* autorizada por el régimen interno de la empresa para contratar en su nombre; y que
- ii] sea ése o no el caso, el que la autoridad *aparente* sea o no suficiente para que la empresa quede obligada dependerá del régimen de derecho interno aplicable en materia de agencia o representación.

A resultas de ello, está claro que la facilidad con la que una persona natural pueda contratar por vía electrónica puede elevar el riesgo de que la empresa se encuentre obligada por un contrato concertado a través de actos que uno de sus directivos o empleados haya llevado a cabo sin la debida autorización. En cierto modo cabe decir que algunos de esos riesgos podrían darse en un contrato consignado sobre papel: algún empleado podría utilizar sin la autorización de la empresa su membrete para negociar algún contrato en nombre de su empresa. Ahora bien, la red informática de una empresa puede resultar más vulnerable a un acto de utilización indebida, por lo que convendría que toda empresa adoptara las siguientes precauciones:

- a] debe recordarse periódicamente a todo mandatario de una empresa el alcance de su privilegio de firma y se debe explicar claramente la política y los procedimientos propios de la empresa para contratar por vía electrónica, así como las sumas autorizadas;
- b] debe recordarse con regularidad a todo empleado de la empresa que sus comunicaciones electrónicas pueden crear derechos y obligaciones para la empresa cuyo equipo utilizan, por lo que deben obrar con suma cautela y asesorarse en la casa

antes de enviar todo mensaje electrónico susceptible de ser interpretado como aceptación por parte de la empresa de determinado contrato.

Contratación automatizada por vía electrónica

Se dispone ya de tecnología que permite que una empresa se comunique con otra por vía electrónica sin intervención humana o con una intervención mínima respecto de cada operación, lo que se designa a veces por el nombre de “contratación automatizada”. Son ya usuales ciertas formas de contratación mecanizada (por ejemplo, mediante máquinas expendedoras de billetes o de determinados artículos de venta automática). La denominada “contratación automatizada” supone una automatización más completa, al actuar *ambas* partes por intermedio de una máquina, por ejemplo en los denominados arreglos de “última hora” (*just-in time*).

De nuevo aquí, el riesgo puede parecer mayor que el que en realidad se corra, dado que cabe proteger un programa contra toda operación no programada (o “no autorizada”) mediante un diseño técnico cuidadoso, que sea autorizable y modificable únicamente por empleados o personal encargado de rango elevado, que disponga de las autorizaciones y pericia técnica necesarias.

Contratación electrónica inconsciente o por error

Las medidas que se hayan previsto contra la contratación electrónica no autorizada deberán servir para salvaguardar también al sistema contra toda contratación electrónica inconsciente o por error, por ejemplo, contra el supuesto de que alguna persona (o incluso una máquina) pulse por error alguna tecla o algún botón indebido. Cierta dosis de cautela es un buen antídoto contra el riesgo de pulsar con demasiada alegría un teclado o un ratón electrónico.

No cabe exagerar a este respecto la importancia de diseñar con cuidado todo sitio de contratación creado en Internet. Todo sitio que resulte ambiguo o poco claro será una trampa en la que sea fácil caer por descuido, por lo que toda empresa que desee valerse de las ventajas de la contratación electrónica deberá diseñar su sitio de contratación por Internet con parámetros y términos que resulten claros al usuario que desee concertar por dicha vía un contrato. La utilización de un lenguaje preciso con cierta resonancia “jurídica” (términos como los de “oferta” y “aceptación”) alertará al usuario eventual de que se encuentra en el umbral de un “compromiso”, por lo que deberá obrar con sumo cuidado a fin de no encontrarse comprometido por un contrato, sin haberlo querido. Cabría, por ejemplo, incorporar a dicho sitio cierto paso definitivo que habrá de dar la otra parte antes de comprometerse y que le alertará de lo que está haciendo, invitando, por ejemplo, al usuario a pulsar el término “acepto” antes de concluir un contrato en firme.

B.5 Conocer a la otra parte

Si no deja de ser importante que todo empleado o el personal encargado de una empresa haya sido alertado sobre la autoridad requerida para contratar por vía electrónica, más importante aún es que se alerte a dicho personal sobre la importancia de identificar adecuadamente a la parte con la que parezca que se está comunicando. En la contratación electrónica, que se hace a menudo entre el territorio de varios países y a través de diversos husos horarios, cabe que la persona encargada tropiece con mayores dificultades a la hora de identificar a la otra parte con la que esté negociando: cabe además que algún sitio en Internet haya sido fraudulentamente creado o que alguna dirección electrónica sea falsa.

De nuevo, tampoco debe exagerarse ese riesgo, dado que también se ha de utilizar el sentido común para identificar a la persona designada en el membrete de una carta o documento consignados sobre papel. Ciertamente es, no obstante, que la facilidad y la rapidez de la contratación electrónica hace que sea también más fácil descuidarse a este respecto. Por ello será conveniente adoptar ciertas precauciones como las siguientes:

- a] Informar a todo empleado autorizado para contratar por vía electrónica sobre las técnicas básicas que han de utilizarse para verificar la autenticidad de todo mensaje electrónico, por ejemplo, contactar por otra vía con el expedidor, verificar sus datos personales por algún otro medio, verificar la autenticidad de la firma electrónica, etc.
- b] Adoptar medios de autenticación verificables, tales como determinados formatos, frases de identificación, direcciones electrónicas de uso reservado para ciertos fines, y técnicas de criptografía o de firma electrónica.

Es evidente que la índole y la importancia de los procedimientos utilizados dependerá de los recursos y de la pericia técnica disponible, del nivel de riesgo aceptable para cada empresa, y de la índole o magnitud de la operación que se desee concertar.

B.6 Formulación de un contrato electrónico

Al examinar los límites de las **cláusulas 2004 de la CCI para el comercio electrónico**, en la anterior subsección B.3, se constató que dichas cláusulas nada dicen de los términos por los que las partes en un contrato habrán de definir el alcance sustantivo de su contrato: dichas cláusulas facilitarán simplemente la negociación del contrato por vía electrónica. Tras haber convenido en negociar por vía electrónica las partes deberán definir el objeto de su contrato y sus condiciones. Ciertamente es que dicho cometido no difiere en nada de lo que las partes han de hacer si desean concertar un contrato consignado sobre papel: tras haber acordado negociar, por ejemplo, a través de una serie de reuniones personales un acuerdo e intercambiar, para concluir el trato, ciertos documentos consignados y firmados sobre papel, las partes formularán su contrato con las estipulaciones, los derechos y las obligaciones que deseen mutuamente asumir.

Esas estipulaciones serán consignadas, en ocasiones, sobre un documento contractual expresamente formulado para dicho fin, mientras que en otros casos se utilizará un formulario contractual, que se utiliza con regularidad para ciertos tipos de contrato.

De igual modo, en el mundo electrónico los comerciantes deben prever toda cláusula o condición contractual que hayan de utilizar de forma rutinaria, pero deberán prever también cómo deben formular ciertas cláusulas que diferirán de un contrato a otro, y cómo deben “estructurar” un vehículo electrónico o sitio en Internet que sirva para una y otra modalidad de negociación. Los pormenores diferirán de un negocio a otro, según cuáles sean los recursos de que disponga la empresa y según que sus operaciones sean de índole rutinaria o hayan de concertarse por separado en cada supuesto. La rapidez y el ahorro que reportará normalmente la nueva tecnología serán más fáciles de obtener si se obra con atención y cuidado al diseñar un sitio contractual en Internet, así como al preparar todo programa o proceso negociador que pueda repercutir sobre el contrato concertado por vía electrónica.

Se enumeran a continuación ciertos datos que es de prever que aparecerán en la mayoría de los contratos negociados por vía electrónica, ya sea en el marco de un sitio contractual en Internet o mediante el intercambio de una serie de mensajes electrónicos:

- la identidad (la razón social) y la ubicación geográfica aplicable de la empresa,
- el número de identificación o de inscripción en el registro que proceda indicar, etc.
- datos personales o la dirección del representante designado por la empresa (su dirección postal y electrónica, su número de fax o de teléfono, ...),
- datos similares para ponerse en contacto con todo otro agente que se haya designado,
- el idioma o los idiomas utilizables en el contrato y en la información conexas, así como el idioma o los idiomas utilizables para las comunicaciones que hayan de intercambiarse en relación al contrato,
- reparto de los gastos de comunicación y toda tasa aplicable para su cálculo que no sea usual o conocida,

- todo plazo durante el que una oferta siga siendo válida o durante el que un precio se mantenga invariable,
- si procede, el plazo mínimo de validez de un contrato para el suministro de bienes o la prestación de servicios, que sean de índole permanente o recurrente,

- descripción de las características de las mercancías o de los servicios suministrables,
- el precio de las mercancías o de los servicios, con todo impuesto incluido,
- las condiciones y los gastos de entrega, si procede, para lo que cabrá seleccionar alguna de las cláusulas *Incoterm*,
- las condiciones de pago,
- toda cláusula relativa a las condiciones, garantías contractuales o de otra índole, servicios de postventa, condiciones de indemnización o de reparación, por ejemplo,

póliza de retorno de la mercancía o de la suma abonada, posibilidades de rescisión del contrato o de clausura de la operación, retorno de la mercancía o reposición del equipo, etc.

- restricciones, limitaciones o condiciones de compra, restricciones geográficas, plazos, instrucciones de empleo y todo aviso de seguridad o sanitario que sea del caso,
- condiciones de confidencialidad de la información intercambiada entre las partes y de responsabilidad por toda violación de la misma,
- parámetros técnicos y de seguridad del intercambio de comunicaciones,
- vías por las que sea posible comprobar la pertenencia de la empresa a alguna asociación o sistema autorregulatorio,

- ley aplicable al contrato y foro competente ante el que se dirimirán las controversias,
- vía o vías alternativas para la solución de controversias.

Una de las diferencias prácticas entre contratar sobre soporte de papel o sobre soporte electrónico consiste en que, en realidad, el soporte electrónico *se identifica* con el mensaje, al igual que cierto soporte de papel se identifica con el texto o documento que lleva inscrito: por ejemplo, un sitio de contratación en Internet constituye a la vez una herramienta de negociación y el soporte físico donde *de facto* se consigna el contrato. El diseño de dicho sitio y la presentación de los datos arriba reseñados deberán ser técnicamente correctos, claros y de fácil empleo. Al diseñar su sitio en Internet, o todo otro mecanismo electrónico de contratación utilizado, será conveniente obrar con arreglo a las siguientes pautas:

- a] *asegurarse de que la información sea fácil de encontrar*: todo usuario de dicho sitio o de algún otro dispositivo electrónico deberá poder encontrar y consultar toda cláusula jurídicamente importante sin tener que navegar a lo largo de todo el documento en cada consulta del contrato que haya de hacer;

- b] *asegurarse de que todas las condiciones, con cierta conexión, se encuentran lógicamente estructuradas en un solo lugar electrónico*: cabe observar, por ejemplo, que los datos anteriormente descritos han sido agrupados, en el presente documento, por series lógicas o por grupos de datos emparentados, lo que hará posible que el usuario obtenga una visión global o completa de sus derechos y obligaciones en el marco de cada esfera o de cada cláusula del contrato;

- c] *asegurarse de que su sitio en Internet ofrece al usuario una serie sucesiva de pasos que sea fácil de seguir en el proceso de negociación y en la futura consulta del contrato*: en su página de entrada, o en alguna página próxima a dicha página, debe figurar la estructura global o completa del contrato con enlaces sencillos a determinadas cláusulas del contrato que faciliten la consulta de cada una de sus condiciones.

B.7 Especificaciones técnicas

Al diseñar un sitio en Internet o algún otro dispositivo electrónico para la negociación de contratos, debe tenerse en cuenta cierto número de cuestiones técnicas relativas al formato de la documentación, es decir, la dimensión del documento creado, su estabilidad y la integridad de su contenido, y su reproducibilidad.

- a] La dimensión del documento creado es importante para su transmisión y para su archivo. Si el formato del documento requiere mucho espacio de memoria, será preciso examinar su impacto sobre la transmisión (amplitud de la banda de frecuencias) y el archivo. Este sería el caso si se utilizan ficheros de imagen para archivar documentación.
- b] Las imágenes del documento dotarán de estabilidad al formato y a la presentación del documento. Otros tipos de documento (documento word) podrán cambiar de formato en función de la versión del programa que se utilice para crear, recuperar o presentar el documento. La compatibilidad de retroceso es sumamente importante, así como la continuidad del apoyo prestado al programa y al formato del soporte físico.
- c] Tal vez suceda que por razones jurídicas, fiscales o comerciales se deba conservar durante cierto período el texto consignado, sobre soporte electrónico, del contrato concluido. Por ello, deberá prestarse atención a la estabilidad del formato, así como a la necesidad de probar la integridad del documento y el formateado del texto y a la posibilidad de reproducir el contenido y el formato del original. El nuevo formato/estilo de las hojas XML puede ayudar a resolver estas cuestiones, pero las partes deberán considerar su aplicabilidad a cada supuesto y la aptitud de los usuarios para utilizar y mantener la tecnología. Dada la complejidad creciente de la tecnología, una serie de servidores informáticos están desarrollando sistemas de hospedaje y de archivo/almacenamiento para ayudar a las empresas a cumplir con estos requisitos. Se está utilizando también la técnica del archivo de imagen o copia fiel electrónica de documentos y de la firma digital o numérica.

B.8 Amparo de la confidencialidad

El viejo adagio de que la información es poder adquiere particular importancia en el mundo de la contratación electrónica. La información puede ser comercialmente valiosa o estar legalmente protegida, por ejemplo, toda información personal identificable cuya confidencialidad sea obligatoria, ahora bien el entorno electrónico constituye un área de libre acceso de notoria vulnerabilidad. Al diseñar una aplicación para la contratación electrónica, como pudiera ser un sitio contractual en Internet, será por consiguiente importante examinar cuidadosamente la confidencialidad que dicho sitio ofrece al usuario.

En primer lugar, al diseñar un sitio en Internet se habrán de adoptar, al más alto nivel, las siguientes decisiones:

- a] índole y alcance de la información que habrá de ser presentada en dicho sitio,
- b] índole y alcance de la información que deba exigirse de toda parte en un contrato,
- c] libertad de acceso a dicha información en el marco del sitio contractual abierto en Internet o restricción de dicho acceso y, en tal caso, cómo deberá controlarse y supervisarse dicho acceso.

Dichas decisiones deberán ser aplicadas no sólo a la información que se transmite y se recibe en el momento en que se concierta el contrato, sino también a la información transmitida y recibida a lo largo de la vida del contrato.

En segundo lugar, es importante que los directivos y empleados de la empresa ya hayan sido alertados de las obligaciones o de la responsabilidad en las que no sólo la empresa, sino también sus socios y clientes pueden incurrir de difundirse cierto tipo de información sin la autorización debida. Además, la responsabilidad en la que se incurra se registrará (y será cuantificada) en algunos supuestos por la ley aplicable en algún otro país. Será, por ello, prudente que toda empresa emita ciertas instrucciones internas claras sobre la difusión o utilización de información que haya sido presentada o adquirida a través de una aplicación informática diseñada para la contratación electrónica.

En tercer lugar, todo contrato deberá estipular su propio régimen de confidencialidad y de toda sanción exigible del autor de alguna infracción al respecto. No sería posible formular una cláusula universal que proteja adecuadamente todo tipo de información: las cláusulas contractuales de confidencialidad deben diseñarse según cuál sea la índole y la importancia de la información que vaya a ser objeto del contrato, así como en función del marco legal en el que las partes desarrollen sus actividades. Ahora bien, al formular una cláusula de confidencialidad, tal vez proceda tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a] La índole de la información que será objeto del contrato: su valor comercial, su carácter confidencial o su asignabilidad a cierta entidad o persona, así como su importancia para el cometido que tenga asignado el contrato.
- b] Requisitos de seguridad para la salvaguarda de dicha información y suficiencia de las cláusulas contractuales para ampararlas debidamente.
- c] ¿Procede la información de algún tercero? Y, de ser ése el caso, ¿cuáles son las obligaciones contraídas con ese tercero?
- d] En la medida en que pueda ser afectado algún derecho de propiedad intelectual o secreto comercial, ¿se han previsto todas las medidas de amparo que sean aplicables al respecto?

- e] ¿Existe en el país de alguna de las partes algún requisito o alguna restricción legal que sea aplicable a la transferencia de los datos que se vayan a transmitir? Y en ese caso ¿cabe sostener que se están observando dichos requisitos?

B.9 Gestión de todo riesgo funcional o avería técnica

Las empresas han gestionado habitualmente sus riesgos mediante una mezcla juiciosa de medidas de evaluación, control o atenuación y de cobertura, en lo posible, mediante seguros o medidas de indemnización, así como determinando cuál será el nivel del riesgo asumible por el negocio que se gestiona, lo que supone una gestión razonable y bien informada de los riesgos previsibles que se viene aplicando desde mucho antes que se introdujera la tecnología electrónica. Por ello, si bien es importante ser consciente de todo riesgo especial que suponga la nueva tecnología, también es importante no exagerar dicho riesgo o pensar que no puede ser gestionado por un procedimiento de gestión de riesgos análogo al que vienen aplicando desde hace tiempo las empresas para gestionar con éxito otros riesgos y oportunidades anteriores.

Por lo general, toda decisión relativa a la gestión o mitigación de los riesgos previsibles deberá ser tomada por el personal directivo de la empresa, por lo que cabría controlar todo riesgo inherente a la transferencia de información o tecnología en la gestión general de riesgos de la empresa, a fin de que se les preste la debida atención. Al evaluar dichos riesgos, cabría prestar atención a los siguientes aspectos:

- ¿Cuáles son los riesgos que pueda suponer para la empresa cierto tipo de tecnología? Por ejemplo, ¿qué sucedería si se pierden ciertos datos, o si se dan a conocer, tanto en función de la responsabilidad asumida frente a la otra parte como en función de la publicidad negativa que ello pudiera suponer?
- ¿Cuáles son los riesgos asumibles?
- ¿Cuáles son los riesgos eventualmente ineludibles?
- ¿Qué medidas cabe adoptar para mitigar los riesgos por vía contractual, por procedimientos de buena gestión o técnicos o negociando algún seguro? Cabría, cierto es, adoptar medidas relativamente sencillas, como la de requerir, por ejemplo, del destinatario un acuse de recibo que salvaguarde al expedidor del mal funcionamiento de una transmisión.
- ¿Cuáles son los gastos en los que se habrá de incurrir al respecto?
- ¿Cabría considerar que los riesgos son lo suficientemente pequeños o que el daño eventual podrá ser lo suficientemente remediado para que no esté justificado efectuar ningún gasto para prevenirlos?

Las respuestas a dichas cuestiones deberán ser dadas por el personal gerente de la empresa, tras obtener asesoramiento pericial en materia de gestión de riesgos, así como en materia de tecnología electrónica. Más aún, deberá dejarse constancia de toda decisión adoptada al respecto, que deberá ser revisada periódicamente, junto con los motivos que sirvieron para justificarla.