

¿Quién le teme al Comercio electrónico ?

Protección del consumidor en el ámbito digital : el caso de México

Por : Rocío Ovilla Bueno

DEA Informatique et Droit, IRETIJ

Introducción. 1. Protección del consumidor antes de la compra; 1.1. Publicidad y protección del consumidor. 1.2. Respeto de las libertades individuales del consumidor 2. Protección del consumidor en el momento de la compra. 3. Protección del consumidor después de la compra. 4. A manera de conclusión.

Introducción

Los avances de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información han modificado las prácticas comerciales, mediante una redefinición de lo que son bienes, servicios, mercados y canales de distribución. Estas modificaciones han tenido un impacto mundial debido a la existencia de redes digitales sobre todo, la red Internet.

En América Latina, desde hace algunos años el número de usuarios de Internet va en constante aumento.¹ Esto ha permitido el desarrollo de nuevas aplicaciones de comercio electrónico.² sobre todo entre pequeñas y medianas empresas y con los consumidores.³ La transición de una economía clásica hacia una "economía digital"⁴ presenta grandes oportunidades, pero también muchos peligros.⁵

¹.Un estudio llevado a cabo por Nielsen NetRatings nos muestra que actualmente en México hay 6.7 millones de usuarios que tiene acceso a Internet desde su hogar. Por lo cual, México es el segundo país latinoamericano que tiene el mayor número de usuarios después de Brasil. Se espera un incremento de usuarios latino americanos de Internet, de 21 millones en el año 2000 hacia 77 millones en 2005, es decir un aumento de casi 300 por ciento, mientras que el número de usuarios en Estados Unidos aumentará de 135 millones hacia 216 millones en 2005, un aumento menor al 100 por ciento. De acuerdo con el grupo de investigaciones Jupiter, Brasil, México y Argentina se repartirán las dos terceras partes del mercado latinoamericano de Internet. Véase <http://www.nua.com>

² Este comercio no es un servicio completamente nuevo si se tiene en cuenta que desde hace más de una década ya existía un protocolo denominado EDI (Electronical Data Interchange), el cual permitía realizar un intercambio electrónico de documentos. Además de esta tecnología, existen otras como el *home-banking*.

³ Se estima que las transacciones de la empresa al Consumidor, B2C en Latino America crezca de un 73 por ciento en el año 2003. Véase <http://www.nua.com>

⁴ Davis Charles, Algunos desafíos para el desarrollo del comercio electrónico en la América latina de habla hispana, en:<http://ute-educu/-mjabativa/ce/tendencias.html>, Universidad de New Brunswick, Saint Johnn Cánada, marzo 1998.

Si hablamos de comercio electrónico, tenemos que hablar de inmaterialidad y de fugacidad de información.⁶ Es esta inmaterialidad y fugacidad de la información que pueden crear algunos conflictos entre los proveedores de servicios y los clientes. Aún si el comercio electrónico ofrece nuevos beneficios a los empresarios y a los consumidores, la confianza de los mismos debe ser alentada por el desarrollo permanente de mecanismos de protección transparentes. El objetivo es generar confianza. Luego entonces, es indispensable tener un entorno técnico-legal adecuado para el comercio electrónico, ya que el incremento de intercambios mercantiles por Internet será proporcional a la confianza y a la seguridad de los intercambios que realicemos en esta red. Para poder delimitar este sistema de seguridad y confianza los gobiernos deben crear un marco legal y consistente, así como promover un entorno competitivo en el que el comercio electrónico pueda crecer y asegurar la protección adecuada de los objetivos de interés público como son el derecho a la intimidad, los derechos de la propiedad intelectual, la prevención del fraude, la seguridad nacional y la protección al consumidor.⁷ En esta comunicación, nosotros trataremos solamente los aspectos jurídicos de la protección del consumidor a la luz de las últimas reformas a la legislación mexicana en materia de comercio electrónico.

En México, es en 1976 que entra en vigor la Ley federal de protección de consumidor, misma que ha tenido múltiples reformas.⁸ Esta Ley es de orden público e interés social,⁹ cuyo objetivo es de promover y proteger los derechos de los consumidores y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.¹⁰ Entre sus principios básicos se encuentran: "la efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología evitando en todo caso el manejo fraudulento de la información proporcionada y la correcta utilización de los datos aportados."

La mayoría de los instrumentos jurídicos supranacionales han armonizado la noción de consumidor.¹¹ En concreto, en estas definiciones, la persona jurídica que adquiere un bien para fines profesionales se encuentra excluida de esta definición. ¿ Existe alguna diferencia entre un consumidor tradicional y un

⁵ De acuerdo con un reporte industrial de Ripstech, en los primeros seis meses de 2002, los ataques dirigidos hacia los sistemas de seguridad de Internet incrementaron de 28 por ciento. El reporte relativo a la ciberseguridad en más de 400 organizaciones pone en evidencia el éxito de los hackers en más de 180, 000 ocasiones. Más del 40 por ciento de estos ataques fueron hechos a partir de ordenadores ubicados en Estados Unidos de América.

⁶ Jérôme Huet, *Le commerce électronique*, Gazette du Palais, N° 255 y 256, septiembre 1996, Paris, P. 61.

⁷ La principal preocupación del ciberconsumidor es la relacionada con la seguridad de las transacciones comerciales (el miedo de proporcionar información o el número de su tarjeta bancaria) y la pérdida de datos debido a la introducción de virus en sus ordenadores personales.

⁸ Así por ejemplo, podemos principalmente citar la de 1982 y la de 2001, por medio de la cuales se incluyen y se regulan los llamados contratos de adhesión y la utilización de medios electrónicos.

⁹ A nivel internacional, el orden público e interés social son nociones a geometría variable, puesto que cada país interpreta según sus usos y costumbres lo que está prohibido o no. Véase el artículo de Ramón Obón León, *El orden público y el interés social en la nueva Ley federal del derecho de autor*, Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.

¹⁰ Artículo 1° de la Ley Federal de protección al consumidor.

¹¹ En la Unión Europea, el consumidor es "toda persona física que actúa con un propósito fuera del marco de su actividad profesional"; La Convención de Viena define al consumidor como "aquel que compra mercancías para su uso personal, familiar o doméstico"; La UNCITRAL considera que un consumidor es "la persona que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional". En México, la Ley de protección al consumidor, define a quien debemos considerar como consumidor. "El consumidor es una persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios."

ciberconsumidor ? Sobretudo teniendo en cuenta que las compras que se realizan via Internet son las mismas que se pueden realizar de manera habitual. Si se compra por teléfono con una tarjeta bancaria se puede comprar por Internet de la misma forma, sin mayor diferenciación, con los mismos riesgos. Luego entonces, *a priori*, el régimen de protección al consumidor es el mismo régimen que se aplica al ciberconsumidor. Sin embargo, cuando se realizan compras Internet es necesario tomar en cuenta cierta especificidad de la red: su desmaterialización, su inmediatez y la internacionalización de la compra.¹²

Esta especificidad de la red, nos permite encontrar al menos tres elementos característicos del comercio electrónico:

A. La noción de actividad comercial;

B. La inmaterialidad de los soportes papel utilizados en las transacciones, sin que por ello existe una modificación de la naturaleza jurídica de la operación comercial, y

C. La internacionalización inherente a Internet.¹³

Observamos que de acorde con estos elementos, el comercio electrónico no incluye sólo las actividades de compra y venta electrónica de bienes, productos o servicios, sino también las actividades anteriores y posteriores a la venta, como es el caso de la publicidad, la búsqueda de información, la negociación entre el proveedor y el consumidor sobre el precio, las condiciones de pago, el plazo de entrega y la entrega en sí. En consecuencia, en las relaciones jurídicas en torno al comercio electrónico son aplicables las disposiciones de normativa general en materia de venta a distancia, de publicidad, de comercio, las condiciones generales de contratación y la protección de consumidores y usuarios.

En la red, los consumidores pueden encontrar múltiples beneficios con la utilización del comercio electrónico, entre ellos podemos mencionar el acceso a un amplio mercado de bienes y servicios y por ende a la posibilidad de comparar calidad y precio de dichos bienes y servicios. Solamente que al ciberconsumidor le va a preocupar la cuestión del pago de sus compras mediante una tarjeta bancaria, así como el hecho de proporcionar los datos de su tarjeta a través Internet. ¿Proporcionar datos confidenciales por Internet es seguro ? El ciberconsumidor se cuestionará sobre el proveedor. ¿ Es una empresa fiable?, ¿ Existe una garantía para los productos que compre ?, ¿ Puedo hacer devoluciones ?, ¿ Tendrá una factura ? son preguntas que reflejan la confianza en las empresas. Pero, ¿ quién proporcionará esta seguridad y confianza ? Los actores en general, pero solamente los Estados mediante leyes y políticas nacionales e internacionales pueden limitar las prácticas fraudulentas y/o desleales. Aparece entonces indispensable promover una seguridad de los intercambios electrónicos comerciales y crear un marco jurídico transparente y tranquilizante para los usuarios de la red, es por ello que debe de existir una política de reconocimiento del valor jurídico de los instrumentos de una transacción en el mundo virtual de Internet.¹⁴

¹² Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Litec, Paris, 1999, P. 85.

¹³ Caprioli Eric y Sorieud Renaud, Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, en Journal du droit international, año 124, N° 2, Abril-Junio 1997, P. 326.

¹⁴ En este sentido, Informe del Consejo de Estado francés, Internet y las redes digitales, la Documentation Française, Paris, 1998. P. 54.

Par alcanzar este objetivo de seguridad y confianza, México, en el año 2000, realizó una serie de reformas, para adecuar su marco jurídico a las transacciones electrónicas. En concreto, la finalidad de estas reformas legislativas¹⁵ es de: proporcionar seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos; facilitar las transacciones por estos medios, y lograr una interacción global e integral de los campos en que se utilizan los medios electrónicos.¹⁶

Para fines de éste estudio, véamos, el alcance de estas reformas, comparandolas con las normas internacionales, en función de tres momentos existentes en una compra vía Internet: Antes de la realización de una compra (1); en el momento mismo de la compra (2) y después de haber realizado la compra, la legislación aplicable y el Juez competente(3)

1. Protección del consumidor antes de la realización de una compra

Esta protección se refiere a la publicidad que el consumidor recibe y al respeto de sus libertades individuales

1. 1. Publicidad y protección del consumidor.

La mayor parte de las empresas han creado su propia página Web, como soporte de comunicación. En ocasiones, esta página Web es solo una página de información de los productos y servicios que la empresa ofrece, pero en otras puede ser una verdadera publicidad de esos productos y servicios. Si tomamos en cuenta que la publicidad es toda información susceptible de inducir a una persona a hacer una elección sobre un producto o servicio determinado. Así, la publicidad en Internet no se distingue fácilmente de la información.

Más aún, nuevas formas de publicidad aparecen en Internet. Entre ellas, podemos distinguir cuando un usuario utiliza los motores de búsqueda para encontrar la información deseada, conocido como el *pull*, y que al momento de recibir los resultados de la búsqueda puede encontrarse "inundado" de publicidad,¹⁷ la cual no le interesa.¹⁸ La búsqueda con la ayuda de portales de clasificación de información vía temas y/o países¹⁹ tampoco esta exenta de la publicidad. El orden de presentación del conjunto no es aleatorio, es posible influenciar a un consumidor por este orden de presentación. La segunda opción es cuando el usuario recibe mensajes que no pidió, llamado el *push*.

¹⁵ El 29 de Abril de 2000 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, las reformas legislativas en materia de comercio electrónico.

¹⁶ Iniciativa de reformas y adiciones a diversas disposiciones del Código civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de comercio y de la Ley Federal de protección al consumidor, en : Gaceta parlamentaria, año III, número 474, del 22 de Marzo de 2000.

¹⁷ Es posible el envío de una publicidad que se relacione con el tema o las palabras que se buscan a la ayuda de un motor de búsqueda. Es la cibermercadotecnia.

¹⁸ Y que puede retardar la visualización de las páginas Web que interesan al usuario. En realidad, el usuario paga de cierta manera el costo de esta publicidad.

¹⁹ Como es el caso de Yahoo.

El usuario de Internet, que desea encontrar ciertos contenidos dentro de la gran cantidad de información que se obtiene vía Internet, debe al mismo tiempo evitar los contenidos ofensivos, ilegales y la publicidad no deseada. Es necesario resolver jurídicamente este problema de invasión de la intimidad, tal vez la solución sea la reglamentación de los programas de la industria.²⁰ Sin embargo, dado el carácter internacional e inmaterial de esta forma de publicidad, su control resulta de difícil aplicación.

La publicidad por Internet debe de respetar la legislación local y también la legislación de los países hacia los cuales va dirigida. Una publicidad lícita en un país puede que no lo sea en otro.²¹ Así, por ejemplo, podemos mencionar: La publicidad de productos alcohólicos y de cigarrillos se encuentra prohibida en Francia, en México esta permitida. ¿Qué legislación aplicar? La cuestión del derecho aplicable se encuentra de manera repetitiva en todos los actos relacionados con Internet, red que ignora las fronteras.²² ¿Cuál es la ley competente?

A la hora actual, existen una serie de recomendaciones, códigos de conducta dirigidos a las empresas y organizaciones para el control del comercio internacional, en lo relativo a actos ilícitos.²³ Tal es el caso de las Líneas directivas de la Cámara de Comercio Internacional, las cuales se aplican a todas las actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet, que tienen como finalidad la promoción de toda forma de productos o de servicios.²⁴ Estas líneas directivas definen normas deontológicas que deben ser respetadas por todos los participantes a actividades de publicidad y mercadotecnia en Internet. Entre los principios de base se encuentra establecido que la publicidad debe de ser lícita, honesta, decente y verídica. El anunciante tienen la obligación de identificarse, de informar al usuario las razones de una posible recopilación de datos nominativos, el respeto de la confidencialidad, se le prohíbe utilizar la técnica de spam, así como debe respetar ciertas disposiciones particulares sobre la publicidad infantil y el respeto de las sensibilidades diversas del público mundial²⁵.

En México, es la Ley Federal de protección del consumidor, que incita a los comerciantes a no utilizar estrategias de venta o publicitarias que no proporcionen al consumidor información clara y suficiente sobre los servicios ofrecidos, y además el comerciante debe de cuidar las prácticas de mercadotecnia dirigidas a población vulnerable, como niños, ancianos y enfermos, debiendo incorporar mecanismos que adviertan cuando la información no sea apta para esa población.²⁶

²⁰ Por ejemplo, la reglamentación de la utilización de cookies.

²¹ Nathalie Varille, *Publicité sur Internet, Droit et Déontologie*, Gazette du Palais, 22 de Noviembre de 1997, Paris, P. 5.

²² Vivant Michel, Le Stanc Christian et al., *Lamy informatique et réseaux*, 2001, N° 2515.

²³ Estas reglas materiales internacionales son consecuencia de las Convenciones internacionales reguladoras del comercio internacional. Existe así una extra-comercialidad internacional que tiene por objeto el reconocimiento de una lista de cosas que se encuentran fuera de comercio. Como ejemplo de estas recomendaciones, podemos encontrar: La Recomendación de la Cámara de comercio internacional sobre la exacción y la corrupción en las transacciones internacionales de 1997; Las recomendaciones de la Directiva CEE del 14 de Junio de 1989 que prohíbe la comercialización de cuerpo humano; Los Principios directivos de la OCDE para las empresas multinacionales de 1976. Loquin Eric, *Les manifestations de l'illicite, L'illicite dans le commerce international*, Travaux du Centre de Recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, sous la direction de Philippe Kahn y Catherine Kessedjian, Université de Bourgogne, CNRS, Volumen 6, Litec, 1996, P. 274 y ss.

²⁴ Estas Líneas directivas pueden leerse en el sitio <http://www.iccwbo.org>

²⁵ relacionadas con la pornografía, la violencia, el racismo o el carácter sexista de los mensajes

²⁶ Artículo 76 párrafo VII de la Ley Federal de protección al consumidor.

Los anunciadores deben designar al destinatario de la publicidad, de una manera expresa, dando una lista de los países a quien esta publicidad va destinada, además de un criterio lingüístico, el idioma y/o por medio de la utilización de símbolos nacionales, como la bandera del país a quien la publicidad va dirigida. Este criterio podría simplificar la aplicación del derecho. Por ejemplo, estos símbolos nos permitirían saber si la oferta es válida sólo para un país o para un conjunto de países

En el caso de que sea un anuncio publicitaria que suponga una oferta, la misma deberá tener las siguientes características: Identidad del proveedor, las características especiales de producto, el precio (si tienen los impuestos incluidos o no), y en su caso los gastos de transporte, la forma de pago y las modalidades de entrega o de ejecución de servicios, además de especificar claramente el plazo de la validez de la oferta.

Existen ciertos principios para determinar la legislación aplicable²⁷ : Aplicar los convenios internacionales (decir cuales son, Aplicar la legislación de vendedor; Aplicar la legislación del comprador : Crear normas específicas para Internet ; Aplicar el sistema DNS. Teniendo en cuenta que habría que tener un control del mismo para que el primer nivel coincida siempre con el territorio del país correspondiente. Así, el lugar de donde partio la oferta (el país donde se halle el servidor) será el criterio a utilizar para aplicar la ley. Por supuesto, en lo que corresponde a los dominios .com este criterio no podrá ser aplicado, pero en los otros dominios sí.

En el caso de México, que exige la utilización del idioma español para la publicidad, ¿ cómo aplicar esta regla jurídica?, sobre todo cuando existe una multiplicidad de publicidad extranjera dirigida a México. Son problemas que dado el caracter específico de Internet dificultan la transposición de esquemas nacionales de protección, el flujo de datos que transitan por la red de redes no conocen fronteras, y en consecuencia no se encuentran regulados por una autoridad única. Cada persona puede ser, en cualquier momento y por su propia iniciativa, emisor y receptor de informaciones o de publicidad.

Actualmente, las únicas soluciones posibles son la autoregulación de las partes involucradas (publicistas, creadores de sitios, empresarios, consumidores, autoridades). Y la coordinación de los Estados a nivel internacional para crear un mínimo de armonización sobre las prácticas publicitarias que se encuentren prohibidas o reglamentadas.

En México, la ley Federal de protección al consumidor prevé que los comerciantes deben tener códigos de ética respecto de las transacciones que elaboren con los consumidores a través del uso de medios electrónicos.²⁸

1. 2. Respeto de las libertades individuales del consumidor

En cuanto a la vida privada de los consumidores, existe a nivel mundial, una preocupación para su protección. La OCDE, publicó en 1980 sus líneas directivas relativas a la protección de la vida privacidad y los flujos transfronterizos de informaciones nominativas. De manera general, se recomienda a los países miembros que supriman o eviten crear obstáculos injustificados a los flujos transfronterizos de

²⁷ Javier Ribas Alejandro, Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet, Editorial Aranzandi, España, 1999, P. 81 et ss.

²⁸ Artículo 24 de la Ley Federal de protección del consumidor.

datos personales, bajo el pretexto de una protección de la vida privada.²⁹

Estas líneas directivas enumeran algunos principios fundamentales que se pueden aplicar a un nivel nacional: un principio de limitación en materia de recopilación de datos (obtención por medios lícitos); un principio de la calidad de los datos, un principio de la especificación de la finalidad de la recopilación, un principio de su utilización, un principio de transparencia y finalmente un principio de la participación individual (derecho de acceso y de rectificación).

En el caso de la Unión europea existe una protección bien establecida. Diversas Directivas, como es el caso de la Directiva sobre el tratamiento de datos personales,³⁰ cuyo objetivo es la armonización de legislaciones que protegen los datos personales y ofrecer un nivel máximo de garantía a los ciudadanos de la Unión europea.

Nos va a interesar en particular estudiar el artículo 25, el cual nos dice:

"1. Los Estados miembros prevén que la transferencia hacia un país tercero de datos personales que serán el objeto de un tratamiento, o destinados a hacer el objeto de un tratamiento después de su transferencia, no puede hacerse que, bajo reserva del respeto de las disposiciones nacionales tomadas en aplicación de las otras disposiciones de la presente directiva, el país tercero deberá asegurar un nivel de protección adecuado."

El carácter adecuado del nivel de protección será analizado en función de las reglas de derecho y las medidas de seguridad que se respetan³¹. Y son los Estados miembros y la Comisión europea los encargados de informarse en qué casos estiman que un país tercero no asegura un nivel de protección adecuado.³² Visto de Europa, muchos países no ofrecen el nivel de protección adecuado, entre ellos, los Estados Unidos de América.

Entre La Unión Europea y los Estados Unidos de América existe una divergencia de políticas de protección, sin embargo es necesario un acercamiento de estas políticas. Es en ésta óptica que se crearon los principios de "safe harbor".³³ Las empresas estadounidenses que lo deseen pueden adherir a estos principios, y por ende la protección adecuada se reconoce y los Estados europeos no podrán oponerse al flujo transfronterizo de datos personales con estas empresas. ¿Nuestro país ofrece esta protección adecuada para los consumidores? Si las empresas mexicanas no respetan estas reglas

²⁹ Punto 2 de las Líneas directivas relativas a la protección de la vida privada y a los flujos transfronterizos de datos personales.

³⁰ Directiva 95/CE/46 del 24 de Octubre de 1995, publicada en el JOCE del 23 de Noviembre de 1995, L, N° 281.

³¹ Existen excepciones en el artículo 26 de la Directiva, en las cuales, los Estados miembros dispondrán en casos particulares de las medidas para efectuar una transferencia de datos personales a un país tercero que no garantice un nivel de protección adecuado siempre y cuando: exista un interés jurídico y el interesado haya dado su consentimiento inequívocamente a la transferencia prevista.

³² Nos podemos imaginar, qué pasaría con las empresas mexicanas que tuvieran un archivo de clientes (con datos nominativos) y que no pudieran comercializar, vía Internet, sus productos en la Unión Europea debido a la ausencia de un nivel de protección adecuado y de medidas de seguridad.

³³ La Comisión tomó una decisión, en la cual reconoce el carácter adecuado de la protección asegurada por los principios de esfera de seguridad, publicados por el Ministerio Americano del Comercio. JOCE del 25 de Agosto de 2000, N° L 215, P. 7.

mínimas de protección, difícilmente podrán exportar hacia la Unión Europea.

Más allá de la aplicación de recomendaciones, es necesario que la deontología este presente como en todo otro soporte publicitario. En consecuencia, la primera regla a aplicar, por las empresas comerciales, es la identificación del carácter publicitario del mensaje.³⁴ La segunda regla, es relativa a la protección de los datos nominativos de los clientes. Al momento de hacer un pedido, los clientes deben de llenar un formulario donde se les pide proporcionar sus datos generales, nombre, dirección, teléfono, dirección de correo electrónico, etc. El cliente debe de ser informado que salvo aviso contrario de su parte estos datos pueden ser "vendidos" a otras sociedades o utilizados para enviarle publicidad de la empresa.

2. La protección del consumidor en el momento de la compra.

El segundo momento que nos va a interesar estudiar es relativo al momento mismo de la transacción comercial, es decir a las diferentes etapas del contrato de compra-venta en línea.

De manera general, este tipo de contratos en línea toma la forma de un contrato de adhesión. La redacción de las cláusulas del contrato, como en todos tipos de contratos, es de extrema importancia. Puesto que en la ausencia de una ley específica o en la presencia de una pluralidad de ellas, será la voluntad de las partes definida en el contrato que predominará. Entre las cláusulas más importantes se encuentran : La identificación de las partes ; la dirección geográfica (domicilio social) del establecimiento del proveedor de bienes o servicios; las obligaciones de las partes; los gastos de entrega; las modalidades de pago, entrega o ejecución; la cláusula de confidencialidad de datos personales, en la cual hay un compromiso de no utilizar los datos personales de los clientes para fines diferentes a los previsto inicialmente; la legislación aplicable, no hay que olvidar que se pueden realizar operaciones comerciales con personas físicas o morales de diversos países en los cuales la legislación a aplicar será distinta y el consumidor no conoce forzosamente; y por último si existe la posibilidad de un arbitraje y la jurisdicción competente

Para que un pedido electrónico sea considerado como válido es necesario el consentimiento de las partes y el contrato electrónico, son estos documentos que en caso de conflicto podran servir como prueba para demostrar la existencia y las condiciones de la transacción.

Los contratos de comercio electrónico son contratos de venta a distancia. La finalidad de este contrato es en consecuencia una venta, ya sea de un servicio o de un bien material o inmaterial. En lo que respecta a la desmaterialización podemos distinguir entre los productos y/o servicios que se compran de una manera no tangible (programas de ordenador, libros electrónicos, información contenida en bases de datos) y las compras de productos materiales, es decir todas las mercancías tangibles (libros, CD-ROM, DVD, juguetes, ropa, por mencionar algunos). La compra de productos desmaterializados es instantánea, en cuanto a los productos y/o bienes tangibles, no lo es, puesto que existe un periodo de tiempo entre el momento del pedido y la entrega. En el segundo caso, Internet reemplaza un pedido

³⁴ Principio existente en el Código internacional de prácticas leales en materia de publicidad de la Cámara Internacional de Comercio.

teléfónico y el contrato de compra-venta se ejecuta sin ninguna originalidad particular. En cuanto al primer caso, el pedido es desmaterializado pero también la ejecución del contrato de compra-venta, puesto que el bien o producto inmaterial adquirido transita por la red.³⁵ En este caso, habrá que tomar en cuenta, que ciertos aspectos de protección del consumidor cambiarán, sobretodo la ausencia del plazo de reflexión del consumidor, puesto que hay ejecución inmediata del servicio o de la venta³⁶.

La mayoría de los contratos electrónicos que se concretizan vía Internet se pueden clasificar como contratos de adhesión, es decir son contratos en los cuales el vendedor elabora unilateralmente un formato uniforme, estableciendo los términos y condiciones aplicables a la adquisición de producto o la prestación de un servicio.³⁷ Este tipo de contratos implican, por lo general, un debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes,³⁸ puesto que son contratos en los cuales existe una voluntad debilitada que se manifiesta por la sólo adhesión del usuario.³⁹

Sin embargo, aún cuando sea un contrato de adhesión por Internet, éste deberá contar con un mínimo de requisitos: identificación de las partes contratantes, código de usuario, fecha, compromiso explícito por parte del proveedor de haber comunicado las especificaciones jurídicas y técnicas y la aceptación expresa por parte del usuario.⁴⁰

En la Unión Europea, la Directiva europea del 8 de Junio de 2000 sobre el comercio electrónico prevé que los Estados deben de vigilar que su sistema jurídico pueda hacer posible la existencia de los contratos por vía electrónica. Esta recomendación va dirigida a que se reconozca el proceso contractual y que los contratos concluidos electrónicamente no sean privados de validez por este motivo. Por otro lado, los Estados miembros pueden prever ciertas excepciones para ciertos tipos de contratos, tal es el caso de los contratos que crean o transfieren derechos sobre bienes inmobiliarios (excepto para la renta); los contratos para los cuales la ley requiere la intervención de los Tribunales, de las autoridades públicas o de profesiones que ejercen una autoridad pública; los contratos de seguros y de garantía con finalidad no comercial y los contratos relativos al derecho de familia o a las sucesiones.

En la mayoría de los países encontramos que el contrato se define como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas por medio del cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones. En razón del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, las partes pueden celebrar las convenciones que deseen, aún cuando no estén expresamente reguladas en la ley, con la única condición de que éstas sean lícitas. De esta manera, este principio nos indica que las partes son libres para contratar o para no contratar, para fijar la forma y el contenido del contrato o para modificar los términos del mismo o para extinguirlo. Sin embargo, esta libertad puede no ser tan cierta sobre todo en el campo de lo económico.⁴¹ En el derecho mexicano, las condiciones para que un contrato sea

³⁵ Michel Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, P. 86

³⁶ Por ejemplo, la compra en línea de un programa de computadora, de un video juego, de música.

³⁷ Definición dada por el artículo 85 de la Ley federal de protección al consumidor de México.

³⁸ Este principio puede no aplicarse en el sentido que el legislador impone su política económica para proteger al débil del fuerte: al consumidor del profesional comerciante. Grynbaum Luc, *La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique*, en: Editions du Juris-Classeur, *Communication et commerce électronique*, Crónica N° 18, Agosto de 2001. P. 9 et ss.

³⁹ Dávila Rodríguez Miguel Angel, *op. cit.* P. 182.

⁴⁰ Ribas Alejandro, Javier, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico*, Editorial Arazandi, Navarra, 1998. P. 79 et ss.

⁴¹ Véase por ejemplo el caso de los llamados contratos de adhesión o cuando el legislador limita la libertad de escoger a su

considerado como válido son: el consentimiento, la capacidad para contratar, la existencia de un objeto cierto y una causa lícita. La formación del contrato reposa esencialmente en el intercambio de consentimientos. El consensualismo representa una garantía de rapidez y de seguridad de las transacciones. El artículo 1803 del Código civil, nos indica los tipos de consentimiento: existentes. El *consentimiento* puede ser expreso o tácito. Será *expreso* cuando al voluntad *se manifieste* verbalmente, por escrito o *por medios electrónicos*, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos y el consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En los contratos de comercio electrónico el consumidor brindará su consentimiento mediante un simple click.⁴² En la fase de formación del contrato las informaciones proporcionadas al consumidor deben de ser claras y precisas.⁴³

Artículo 1834 bis.- Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba constar en instrumento otorgado ante fedatario público, las partes obligadas podrán generar y comunicar la información que contenga los términos exactos en que han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público correspondiente, deberá hacer constar en el mismo instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a la persona obligada y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta."

Además, para sea considerado como válido, todo contrato de adhesión celebrado en su territorio nacional, deberá estar escrito en español y sus caracteres deberán ser legibles a simple vista. Los elementos esenciales de los contratos de comercio electrónico son : la determinación del bien o servicio, las obligaciones del vendedor, las obligaciones del comprador, la cláusula del precio y la cuestión relativa a la ley aplicable y juez competente. Analicemos estos elementos.

Por lo que se refiere a la determinación del bien o servicio objeto de la venta, se debe precisar de manera clara las condiciones generales del contrato. La definición de la oferta, si ésta va acompañada de fotografías, el comerciante tiene la obligación de respetar la oferta según la fotografía. El consentimiento se forma con la existencia de una oferta y su aceptación. Sin embargo, las reglas en cuanto a la validez de una oferta varían de legislación en legislación.⁴⁴ En México, los convenios y

contratante como es el caso de los monopolios estatales (correos, energéticos, tabaco, etc..)

⁴² En los contratos del comercio electrónico, existe la presentación de las condiciones en las que se va a prestar el servicio o se va a suministrar el producto, al final del documento de presentación se encuentra un botón en el que aparece el texto "Aceptar", "OK" o "Estoy de acuerdo". Son los llamados "click-wrap agreements" o "point-and-click agreements"

⁴³ Artículo 76 párrafo VII de la Ley Federal de protección del consumidor.

⁴⁴ por ejemplo en México, es el artículo 1805 del Código Civil que preceptúa las reglas de la oferta: "Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace

contratos mercantiles se perfeccionan desde que se recibe la aceptación de la oferta o las condiciones con que ésta fuere modificada.⁴⁵

*Artículo 80.- Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.*⁴⁶

Dado el carácter internacional de contrato, es prudente que el vendedor precise la zona geográfica de cobertura de la oferta.⁴⁷ Además, la oferta debe de ser lícita, entendiéndose como tal, lo que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.⁴⁸ En cuanto a las obligaciones del vendedor, podemos mencionar: la identificación de la empresa; la conservación de mensajes de datos o documentos en que se consignen los contratos por un periodo de diez años,⁴⁹ la utilización en forma confidencial de la información proporcionada por el consumidor, en caso de que quiera transmitir estos datos a terceros, es necesario la autorización expresa del consumidor; ⁵⁰la utilización de elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad; la no utilización de prácticas engañosas respecto de las características de los productos vendidos; la información al consumidor de toda la información relativa a las condiciones de compra, los costos, los gastos adicionales (Los impuestos, por ejemplo, ¿quién pagará la TVA ?), la forma de pago (por tarjeta bancaria o por contrareembolso), y el respeto del consumidor que no desea recibir publicidad; ⁵¹ el cuidado de las prácticas de mercadotecnia dirigida a la población vulnerable , como es el caso de los niños, ancianos y enfermos. Cuando el comprador da su aceptación el comerciante confirma el pedido por escrito. En esta confirmación la identificación y referencias del comerciante debe de figurar. Como también las características esenciales del bien o servicio, el precio, los costos de envío, los impuestos⁵², la existencia de un plazo de reflexión;⁵³ y los servicios de garantía.

Las obligaciones del comprador son dos: Recibir la cosa y pagar el precio convenido. En lo referente a los problemas de legislación aplicable y Juez competente, las partes contratantes pueden explicitar la ley que se aplicará. En el caso del contrato de compraventa en línea, la existencia de una cláusula de jurisdicción competente o de arbitraje puede bastar para resolver los problemas eventuales. Con la única observación, que en algunos países la protección del consumidor puede ser considerada como una Ley de policía y de seguridad pública, razón por la cual esta cláusula puede llegar a ser

inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata." Mientras que en Francia, la oferta cuando no precisa un límite de plazo para aceptarla se considera que es válida en cualquier momento en que sea aceptada. Así, el comerciante deberá ser prudente y actualizar constantemente el sitio donde propone su producto o servicio. O mejor aún, precisar el límite de plazo de la duración de la oferta.

⁴⁵ Artículo 89 del Código de Comercio mexicano.

⁴⁶ Código de comercio mexicano

⁴⁷ Vivant, Michel, Les contrats du commerce électronique, P. 92.

⁴⁸ Artículo 1830 del Código civil mexicano

⁴⁹ Artículo 49 del Código de Comercio mexicano.

⁵⁰ Artículo 76 bis de la Ley Federal de Protección del Consumidor de México y artículo 109 de la Ley federal del derecho de autor.

⁵¹ Artículo 76 bis, párrafo VI de la Ley Federal de Protección del Consumidor.

⁵² Los precios a veces no incluyen los impuestos de importación ni el IVA. tampoco incluyen los gastos de flete. Para el cálculo de costos de envío el comerciante debe de tener una liga hipertexto que explique los costos para cada región

⁵³ En México este plazo de de 5 días, excepto en el contratos de comercio electrónico, donde el plazo es de solamente 48 horas.

considerada como nula. Sin embargo, la aplicación es el centro de gravedad de todo sistema jurídico y su piedra de toque.⁵⁴ Véamos algunas pistas de resolución de conflictos.

El último momento a estudiar es después de la compra. Si el consumidor está satisfecho de su compra no habrá necesidad de recurrir a este momento. Pero si al contrario quiere devolver el bien o el servicio o existe un defecto de los mismos ¿ qué pasará ? ¿Qué legislación se va a aplicar ?¿Quién será el Juez o arbitro competente ?

3. Protección del consumidor después de la compra

En el caso de la Unión europea el criterio que se ha retenido es el de aplicar la legislación de lugar donde se encuentre físicamente el comercio, varias empresas habían insistido en la aplicación de este principio argumentando que para las empresas a vocación internacional les sería muy difícil , prácticamente imposible poder conocer todas las legislaciones de los países hacia los cuales la oferta estaba dirigida.

De esta manera, se ha adoptado el principio de la aplicación del derecho del país de origen y del control de servicios a la fuente de la actividad, este principio garantiza la libre circulación de servicios en la sociedad de la información. La directiva del comercio electrónico del 8 de Junio de 2000, prevé ciertas excepciones a este principio. Y autoriza a los Estados miembros a tomar las medidas necesarias siempre y cuando estén justificadas por un objetivo de interés público admitido en el Tratado; la protección del orden público, de la salud y de la seguridad pública o de los consumidores. Pero es necesario que esas medidas sean proporcionales a la defensa de esos objetivos.⁵⁵

Para los contratos de comercio electrónico donde ninguna de las partes se encuentre en la Unión Europea, se puede aplicar los principios de las diferentes convenciones internacionales que México ha firmado. Entre las que se encuentran la Convención de Roma. La Convención de Roma de 1981 nos indica que son las partes que elijen contractualmente y en su defecto si se trata de bienes se aplica la legislación del país donde existe más lazos de interés, en el caso de los servicios es la Ley del lugar donde se proporciona el servicio.

Nosotros no podemos dar una solución única puesto que los problemas que un consumidor podrá tener serán distintos y corresponderán a momentos diferentes de la compraventa en línea. A cada problema específico será necesaria una solución concreta. Si un consumidor mexicano tiene un problema con un comerciante establecido físicamente en México la ley mexicana se aplicará, pero si el comerciante se encuentra en el extranjero, será difícil para el consumidor mexicano defender individualmente sus derechos, es recomendable ir a la Procuraduría Federal del Consumidor.

4. A manera de conclusión.

Efectivamente, el Estado debe garantizar el desarrollo de la nación promoviendo el desarrollo del

⁵⁴ Angel Latorre, Introducción al estudio del Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1971, P. 83.

⁵⁵ Bottine Renaud de, La Directive commerce électronique du 8 juin 2000, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, N° 449, Junio 2001. P. 370.

comercio electrónico; sin embargo, es una tarea que no le corresponde solo a él. Otros actores deben participar, las empresas que venden por Internet deben realizar un código de conducta, aportar información clara, precisa a los usuarios y no esperar que el Estado legisle en todos los ámbitos; además, los proveedores de servicios, deben adherir a estos códigos de ética y ser los vigilantes de la aplicación de estas reglas de respeto de los consumidores.

El consumidor debe participar también tomando precauciones cuando compre por Internet, una participación activa que le permita informarse sobre su protección jurídica. Diferentes países miembros de la Red de Supervisión de Mercadeo Internacional han creado una instancia internacional para la defensa del consumidor en línea⁵⁶

Además, el consumidor debe informarse sobre la seriedad de las empresas, sobre el servicio de reparaciones, sobre la posibilidad de realizar una devolución, sobre los gastos de envío. Y si tiene la posibilidad de pagar mediante un contrareembolso, que escoja este medio. Sin embargo, la mayoría de los comercios sólo permiten el pago con tarjeta bancaria, en este caso vale más tener una tarjeta destinada únicamente para realizar compras vía Internet, algunos bancos proponen este sistema de tarjetas virtuales

Además cuando compre debe verificar la distancia que existe entre el domicilio físico del sitio comercial y su domicilio, aún si para Internet la noción de distancia es virtual para correos la distancia es bien real, y es el consumidor quien paga los gastos inherentes al envío. El consumidor debe tomar ciertas medidas de seguridad como la verificación de que está utilizando un servidor seguro.⁵⁷ y debe conservar los términos y condiciones del contrato, así como todas las transacciones, los correos electrónicos que haya enviado al comerciante. Para la protección del consumidor, los Estados no deben caer en un exceso de protección, no hay que regular por regular, no olvidemos cuál el perfil del ciberconsumidor hispano,⁵⁸ hoy en día es un consumidor prudente, que salvo algunas excepciones⁵⁹ está satisfecho de sus compras por Internet

⁵⁶ Este sistema, eConsumer.gov, cuenta con un sitio en línea a través del cual se puede contactar a las autoridades de protección al consumidor en diferentes países. Incluye consejos para evitar convertirse en víctimas electrónicas, informaciones estadísticas y sentencias judiciales en torno a diferentes portales.

⁵⁷ En el caso del navegador Netscape veremos aparecer un dibujo de una llave, si es el navegador Explorer que estamos utilizando veremos un candado. Además podemos verificar algunos de los datos del Comercio; si el comercio nos da su dirección y/o su número de teléfono, podemos verificar la autenticidad de los mismos. Se puede verificar también, la utilización del localizador de recursos, (URL, Uniforme Resource Locator); Si un documento está asegurado la dirección del documento es https://.

⁵⁸ El perfil del ciberconsumidor hispano es una persona de 31 años, ciudadana, de sexo masculino, con título universitario, soltera o en pareja de hecho, además posee la tecnología más avanzada (ADSL, DVD, cámara digital, computadora portátil, teléfono móvil con sistema WAP). El pago de sus compras lo hace mediante una tarjeta bancaria, en general, VISA (59,9 por ciento) o por contrareembolso (46 por ciento). Véase los resultados de la 3era. encuesta realizada por Internet (con fines no comerciales) en Valencia, España en mayo 2002, http://www.mixmarketing-online.com/comercio_electronico.html. En lo que respecta al perfil del ciberconsumidor mexicano, podemos decir que es de sexo masculino, de 35 años de edad, 45 por ciento son casados y 30 por ciento trabajan en la industria del ordenador. Véase Santoyo, Ramón en Internet, Banca y Comercio Electrónico, Grupo Telelink, <http://www.telelink.com>

⁵⁹ Véase el artículo "No todo lo que brilla es oro" de Victor Rodríguez Hernández, a propósito de un fraude por Internet. REDI, Junio-Julio 2000.

El Comercio Electrónico demuestra un potencial fundamental para el desarrollo de las economías locales, constituye un elemento clave de la competitividad de los países hispanoamericanos. El Estado, los proveedores de servicio, las empresas, los consumidores, es decir, todos los actores tienen que motivarse entre sí para identificar objetivos comunes que puedan aportar un beneficio a la protección de consumidor y en consecuencia al desarrollo del comercio electrónico en Hispanoamérica. En este sentido, es importante subrayar el papel que desempeñan los congresos, en particular éste II Congreso Mundial de Derecho Informático, para la reflexión de estos problemas.

Resumen

El autor analiza el objetivo de la protección del consumidor en el entorno digital, poniendo un especial interés en las reformas relativas al comercio electrónico que México realizó para eliminar las barreras existentes para el reconocimiento legal de los contratos electrónicos. El autor divide su estudio en tres partes, que corresponden a los momentos de participación del consumidor a la conclusión de una transacción comercial. Un primer momento relativo a la publicidad deseada o no deseada y a la protección de datos personales; un segundo relativo al centro neurálgico del problema: la conclusión del contrato electrónico y un tercer momento relativo a la legislación aplicable.

El autor concluye que si bien es necesaria una armonización mundial relativa a la protección del consumidor en el ámbito digital no es indispensable regular todo; Los actores del mundo virtual son capaces de crear códigos de conducta y el ciberconsumidor es una persona que sabe informarse.

Rocío Ovilla Bueno

Licenciada en Derecho, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudió, también la Licenciatura en Sistemas Computacionales Administrativos en la Universidad del Valle de México. Tiene una especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Y obtuvo el Diplôme d'Etudes Approfondies, DEA en Informática y Derecho, en el Institut de Recherche et d'Etudes pour le Traitement de l'Information Juridique, IRETIJ en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier I, Francia.

Ha sido profesora de Ciencia Política y de Introducción al Estudio del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, y de la materia de Informática Jurídica en la maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Guerrero, de la Universidad Autónoma de Queretaro y de la Universidad Americana de Acapulco (todas son Universidades mexicanas).

Actualmente es da clases en el Instituto de Administración de Empresas de la Universidad de Montpellier II en Francia., y da clases de Propiedad Intelectual en el Diplôme Unversitaire de Español Jurídico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier I. Entre sus publicaciones se encuentran :

La Justicia Administrativa en Chiapas, Revista Jus del Tribunal Superior de Justicia, Abril 1991

Participación en la elaboración del **Prontuario de Legislación Electoral**, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto Federal Electoral, México, 1992

La Informática Jurídica en México, Revista Lex de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1993

Del Experto y Sistemas Expertos, Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho e Infomática, Universidad Nacional de Distancia de Extremadura, Mérida, España, 1997

Algunas reflexiones jurídicas en torno al fenómeno Internet, Actas de las II jornadas internacionales sobre el delito cibernético, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura, España, 1998.

La Protección jurídica de las Bases de Datos en México. De los lineamientos internacionales a la nueva Ley Federal del Derecho de Autor. Estudios en honor del Dr. David Rangel Medina, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998

Internet y Derecho. De la realidad virtual a la realidad jurídica.Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 92, Octubre 1998.Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

El laberinto de la multitud : En la búsqueda de una calificación jurídica para la creación multimedia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, en prensa.

La protección del consumidor en el ámbito del comercio electrónico. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México y la Universidad Complutense de Madrid, Febrero 2002.

: