



Asamblea General

Distr. general
17 de mayo de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**

38º período de sesiones
Viena, 4 a 15 de julio de 2005

Proyecto de convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

Recopilación de observaciones de gobiernos y organizaciones internacionales

Adición

Índice

	<i>Página</i>
II. Recopilación de observaciones	2
A. Estados	2
8. Singapur	2



II. Recopilación de observaciones

A. Estados

8. Singapur

[Original: inglés]
[16 de mayo de 2005]

Observaciones respecto del proyecto de convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales

1. Singapur expresa su reconocimiento al Grupo de Trabajo IV por haber concluido su labor en el 44º período de sesiones y considera que la versión revisada del proyecto de convención (A/CN.9/577) constituye una buena base para que la Comisión pueda examinar y aprobar el proyecto.

2. En esta etapa, sólo deseamos plantear algunas cuestiones concretas que, a nuestro juicio, el Grupo de Trabajo IV no examinó cabalmente durante sus deliberaciones. Proponemos que la Comisión considere la posibilidad de:

a) Enmendar el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención (A/CN.9/577) a fin de reconocer que a veces la ley exige firmas electrónicas con el único propósito de identificar a la persona que firma (“el firmante”) y de establecer un vínculo entre la información y el firmante, pero no forzosamente para indicar que el firmante “aprueba” la información que figura en la comunicación electrónica;

b) Eliminar el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención (A/CN.9/577), para lograr la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas, y evitar las dificultades imprevistas que crearía el “requisito de fiabilidad” general contenido en ese apartado.

Cuestiones relacionadas con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9

3. En el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se enuncian los criterios generales de equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas¹. Conforme a ese apartado, sólo una firma electrónica que cumple la función de identificar a la parte, *así como* la función de indicar que ésta aprueba la

¹ El apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se basa en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, que dice lo siguiente:

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

información consignada en la comunicación electrónica, satisface el requisito legal de firma en el caso de una comunicación electrónica².

4. Sin embargo, puede haber casos en que la ley exige una firma que no tiene por función indicar que el firmante aprueba la información consignada en la comunicación electrónica. Por ejemplo, en muchos países la ley exige la legalización de un documento por un notario o una declaración jurada de un fedatario público. En tales casos, el propósito de la ley no es exigir que el notario o el fedatario público, al firmar, indiquen que aprueban la información que figura en la comunicación electrónica. La firma del notario o el fedatario sirven simplemente para identificarlos y establecer un vínculo entre ellos y el contenido del documento, pero no indica que el notario o el fedatario aprueben la información consignada en el documento. Del mismo modo, puede haber leyes que exijan que un documento se redacte en presencia de un testigo, al que se puede exigir que ponga su firma en ese documento. La firma del testigo sólo identifica a ese testigo y establece un vínculo entre él y el contenido del documento hecho en su presencia, pero no indica que apruebe la información que figura en el documento.

5. El doble requisito que se impone en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se impediría que las firmas electrónicas satisficieran el requisito legal de firma en los casos en que estas firmas no pudieran cumplir la función de indicar aprobación del contenido de la comunicación electrónica.

6. Para que las firmas electrónicas que no tienen por función de indicar que el firmante aprueba la información consignada en la comunicación electrónica satisfagan también el requisito legal de firma, proponemos que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 se modifique para que diga así:

“a) Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica, y si procede habida cuenta de ese requisito legal, para indicar que esa parte aprueba la información consignada en la comunicación electrónica; y.”

7. La cláusula “*Si se utiliza algún método para identificar a esa parte y establecer un vínculo entre ella y la información consignada en la comunicación electrónica*” representa los requisitos funcionales mínimos que debe satisfacer toda firma, manuscrita o electrónica. De este modo, se dispone que las firmas electrónicas que sólo cumplan esas funciones mínimas satisfarán el requisito legal de firma. Con las palabras “*y si procede habida cuenta de ese requisito legal*” se reconoce que la función que se prevé que cumpla la firma electrónica dependerá del propósito de ese determinado requisito legal. Así pues, la firma electrónica deberá cumplir la función de indicar que la parte firmante aprueba la información

² Conviene señalar que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 9, que se inspira en el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la mera firma de una comunicación electrónica mediante un equivalente funcional de una firma manuscrita no basta de por sí para dar validez jurídica al mensaje de datos. La cuestión de saber si una comunicación electrónica que cumplía el requisito de firma tiene o no validez jurídica se determinará conforme a la ley aplicable al margen del proyecto de convención. Véase el párrafo 61 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996).

consignada en la comunicación electrónica, si procede habida cuenta de ese requisito legal. Por ejemplo, si la ley dispone que una parte deberá firmar un documento de oferta para indicar que acepta las condiciones estipuladas en él, la firma electrónica cumpliría los requisitos del apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 si identifica a la parte firmante, establece un vínculo entre ella y la información consignada en el documento e indica que esa parte aprueba la información consignada en el documento.

Cuestiones relacionadas con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9

8. El apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 dispone que, para que la firma electrónica sea jurídicamente válida, el método de firma debe ser “fiable según corresponda a los fines para los que se generó o se comunicó la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, así como todo acuerdo que sea aplicable”.

9. Este “requisito de fiabilidad” del apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 procede del apartado b) del párrafo 1 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996.

10. En la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 ya se observó que el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico crea incertidumbre porque la cuestión de saber si la fiabilidad es suficiente sólo podría ser determinada *a posteriori* por un tribunal u otro verificador de los hechos. Para aumentar la certidumbre *ex ante*, se introdujo el párrafo 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001. En el párrafo 118 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas de 2001 se señala lo siguiente:

“... Sin embargo, en virtud del artículo 7 de la Ley Modelo, la determinación de lo que constituye un método fiable de firma habida cuenta de las circunstancias sólo puede ser efectuada por un tribunal u otro investigador de hechos que intervenga *a posteriori*, posiblemente mucho tiempo después de que se haya utilizado la firma electrónica. En cambio, la Ley Modelo [para las Firmas Electrónicas, 2001] debe crear en principio un beneficio para ciertas técnicas consideradas particularmente fiables independientemente de las circunstancias en que se utilicen. Esta es la finalidad del párrafo 3), que debe crear la certeza (ya sea mediante una presunción o una regla de fondo), en el momento de utilizarse la técnica de firma electrónica o con anterioridad a ese momento (*a priori*), de que la utilización de una técnica reconocida producirá efectos jurídicos equivalentes a los que surtiría una firma manuscrita. Así pues, el párrafo 3) es una disposición esencial para que la nueva Ley Modelo cumpla su objetivo de *ofrecer una certeza mayor que la que ya brinda la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico* en cuanto al efecto jurídico que cabe esperar de la utilización de tipos de firmas electrónicas particularmente fiables. ...” [sin cursiva en el original]

11. En su 42º período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado dos variantes del párrafo 3 del artículo 9. La variante A se basaba en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, mientras que la variante B

se inspiraba en el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas³. El Grupo de Trabajo optó por conservar sólo la variante A⁴.

12. Al decidir por conservar sólo la variante A, tal vez el Grupo de Trabajo no tuviera plenamente en cuenta las consecuencias de mantener, en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, el “requisito de fiabilidad” general basado en el artículo 7 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

13. Conforme a lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9, una firma electrónica sólo puede satisfacer el requisito legal de firma si el método de firma es suficientemente fiable a los efectos de la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, según lo determine *a posteriori* un tribunal u otro verificador de los hechos. Esto significa que las partes en una comunicación electrónica o en un contrato electrónico no pueden saber con antelación si la firma electrónica será considerada “suficientemente fiable” por un tribunal u otro verificador de los hechos y, por ende, jurídicamente válida, mientras no surja una controversia. También significa que, incluso *si no hay controversia* en cuanto a la identidad del firmante o al hecho de firmar (es decir, si no hay controversia en cuanto a la autenticidad de la firma electrónica), un tribunal o verificador de los hechos podrá decidir que la firma electrónica no era suficientemente fiable y, en consecuencia, invalidar todo el contrato.

14. En la práctica, una disposición de este tipo puede tener consecuencias graves para el comercio electrónico:

a) Creará incertidumbre en las operaciones electrónicas porque el carácter suficientemente fiable del método de firma y, por ende, su validez jurídica, será determinado *a posteriori* por el tribunal o por un verificador de los hechos, y no *a priori* por las partes. Aunque las partes pueden ejercer su autonomía acordando un método de firma, sigue siendo cierto que el acuerdo entre las partes sólo es uno de los factores del apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 que tendrán en cuenta el tribunal o el verificador de los hechos⁵. Incluso si las partes estuvieran satisfechas al principio en cuanto a la fiabilidad del método de firma, un tribunal o verificador de los hechos puede decidir otra cosa;

b) Se podría utilizar en detrimento de la misma categoría de personas que el requisito jurídico de firma tenía por objeto proteger. Si le convenía, una parte podría tratar de invalidar su propia firma electrónica por ser insuficientemente fiable, con objeto de invalidar un contrato. Esto iría en detrimento de la otra parte, que habría confiado en la firma. En tal caso, esa disposición podría llegar a ser una trampa para los incautos o una oportunidad para los poco escrupulosos;

c) Puede obstaculizar el comercio electrónico. Provocará gastos adicionales si los usuarios se sienten obligados a utilizar tecnologías más costosas y más perfeccionadas para satisfacer el requisito de la fiabilidad. Por otra parte, la

³ A/CN.9/546, párrafo 48.

⁴ A/CN.9/546, párrafos 54 a 57.

⁵ Esto se observó específicamente en el párrafo 60 de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) que dice, “Sin embargo, un acuerdo eventual entre iniciadores y destinatarios de mensajes de datos en cuanto a la utilización de un método de autenticación no constituye de por sí prueba fehaciente de que ese método sea fiable.”

incertidumbre y los gastos adicionales pueden llegar incluso a desalentar la utilización de las operaciones electrónicas.

15. Cabe señalar que el requisito de la fiabilidad se originó en las leyes relativas a la esfera cerrada y sumamente reglamentada de la transferencia de fondos⁶. En ese contexto, la cuestión de determinar si el procedimiento de autenticación o de seguridad, por ejemplo, una firma, es apropiado, guarda relación con el concepto de atribución de la autoría de la firma a una determinada persona. Al principio, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se necesitaba una prueba de fiabilidad porque la Ley Modelo, en su artículo 13, contenía una norma general de atribución⁷. En la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, los artículos 7 y 13 afirmaban la validez de una firma electrónica y permitían atribuir el mensaje de datos a un iniciador siempre que el destinatario utilizara un método convenido con éste para verificar la autenticidad del mensaje, sin necesidad de demostrar la autenticidad de la firma propiamente dicha⁸. La norma de atribución de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico se limitó en última instancia a la tecnología acordada entre el firmante y la parte que confiaba en la firma.

16. El proyecto de convención no trata de la atribución de las comunicaciones electrónicas⁹. Por consiguiente, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 del proyecto de convención, tal como está redactado actualmente, impone un “requisito de fiabilidad” general sin prever, como corolario, ninguna disposición de atribución. A falta de una norma de atribución aceptable, la atribución de una firma deberá demostrarse. No hace falta introducir un “requisito de fiabilidad” como complemento de una norma de atribución inexistente.

17. Conviene señalar que no hay ningún “requisito de fiabilidad” de este tipo respecto de la validez jurídica de las firmas manuscritas (ni de ninguna otra marca sobre papel que pueda constituir jurídicamente una firma). En el *common law* no se impone ningún requisito formal a las firmas. Una persona puede firmar haciendo una cruz (“X”) en un documento o utilizando una máquina de escribir para poner su nombre en ese documento. Tanto la cruz como el nombre escrito a máquina son firmas jurídicamente válidas, aunque pueden plantearse cuestiones de prueba. En ambos casos, se trata de probar que el presunto firmante firmó efectivamente de esa

⁶ Véase el documento A/CN.9/387, párrafos 81 a 87. En el 26º período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos, se examinaron los proyectos de disposición para unas reglas uniformes sobre los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y medios afines de comunicación de datos comerciales (que tras posteriores revisiones pasaron a ser la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico). En un anterior proyecto de artículo 7 figuraba la frase “y se haya utilizado algún método para identificar al expedidor del mensaje y el modo de identificación sea, atendidas las circunstancias, un método **[comercialmente] razonable** de protección contra los mensajes no autorizados”, antes de que se sugiriera que esta frase se reemplazara por “el método de autenticación será suficiente si ese método es **tan fiable como sea apropiado** para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso”. La frase “comercialmente razonable” procede del artículo 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito y del artículo 4A del Código de Comercio Uniforme.

⁷ Si, jurídicamente, se va a atribuir una firma a una determinada persona, en tal caso, para ser justos con esa persona, es preciso asegurar que las características de la firma sean técnicamente fiables.

⁸ A/CN.9/571, párrafo 127.

⁹ A/CN.9/546, párrafo 127.

forma con el propósito de firmar el documento. Para establecer que la firma tiene por función vincular al firmante con el documento firmado, siempre habrá que demostrar el contexto en que se produjo la firma, tanto si se trata de una firma sobre papel como de una firma electrónica.

18. No es la forma de la firma, sino la prueba del vínculo entre la firma y el presunto firmante teniendo en cuenta el contexto, lo que da a la firma su efecto jurídico. A nuestro juicio, las firmas electrónicas no son más que otra forma de firma, y en principio deberían ser jurídicamente válidas sin ser objeto de ningún requisito especial de fiabilidad. Las cuestiones relacionadas con la prueba del acto de la firma (que existen tanto para las firmas manuscritas como para las electrónicas) no deberían alterar las normas sobre la validez de las firmas. Si se admite que una firma tiene efecto jurídico siempre que se demuestre el vínculo entre el documento, la firma y el presunto firmante, deja de plantearse la cuestión de saber si el método de firma es suficientemente fiable. Para lograr la equivalencia funcional entre las firmas manuscritas y las firmas electrónicas, no debería existir ningún requisito de fiabilidad adicional aplicable a las firmas electrónicas, como el contenido en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9.

19. En las operaciones comerciales, la persona que confía en una firma siempre corre el riesgo de que la firma no sea auténtica, por lo que evalúa ese riesgo y se protege en consecuencia¹⁰. Como es natural, en el análisis de ese riesgo se tendrá en cuenta el costo de los trámites necesarios para conseguir que la firma sea más fiable y el costo que supondría que no fuera auténtica. Así pues, si ha habido relaciones comerciales con el presunto firmante o si se trata de una operación que entraña sumas poco elevadas, el interesado puede optar por confiar en una firma que no sería satisfactoria si fuera la de un extraño o si se tratara de una operación que entrañara sumas más cuantiosas. Estas precauciones y juicios de valor no son una cuestión de derecho, sino de prudencia. Es decir, una parte puede dudar en confiar en una firma en forma de cruz, pero ese juicio se basa en la prudencia y no en el derecho, ya que la firma en forma de cruz es perfectamente válida desde un punto de vista jurídico. A nuestro juicio, este análisis se aplica por igual a las operaciones comerciales electrónicas y a las firmas electrónicas.

20. Reconocemos que la gente lleva muchos años evaluando la fiabilidad de las firmas manuscritas, por lo que le es fácil determinar el tipo de firmas manuscritas en las que es prudente confiar. La gente aún no conoce tan bien las posibilidades y las lagunas de los métodos de firma electrónica, por lo que le puede resultar más difícil hacer juicios prudentes. No obstante, el derecho no colma esta falta de conocimiento introduciendo un requisito general de fiabilidad, como el que contiene el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9. Con un requisito de este tipo sólo se consigue transferir la necesidad de emitir ese juicio de la parte que confía en la firma al magistrado o al árbitro, que pueden no ser más competentes para cumplir esa tarea, aunque cuentan con el asesoramiento de expertos. La parte que confía en la firma también puede recurrir a expertos, pero en un momento más oportuno, a saber, antes de que se realice la operación. A medida que la gente se vaya familiarizando con las firmas electrónicas, se acostumbrará a hacer ese tipo de juicio.

¹⁰ Esto puede suponer comprobar la firma comparándola con versiones auténticas de ésta o hacer que la firma se ponga en presencia de un testigo, sea legalizada o garantizada por un banco, etc.

21. Observamos que para lograr el objetivo de armonizar las leyes relativas al comercio electrónico, el proyecto de convención debería o bien contener una norma uniforme respecto del requisito de fiabilidad de las firmas electrónicas (que podría adoptar la forma de un “requisito de fiabilidad” general, como en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9) o bien no contener ningún requisito de fiabilidad (lo que se lograría de eliminarse el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9). Como ya se ha dicho, en su versión actual, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 crea una gran incertidumbre que no propicia la utilización del comercio electrónico, por lo que opinamos que ese requisito de fiabilidad es innecesario e inapropiado en estas circunstancias. Por ello, consideramos que la mejor solución y la más apropiada consistiría en no imponer ningún requisito de fiabilidad de las firmas electrónicas, y en suprimir el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9.

22. Si se elimina el apartado b) del párrafo 3 del artículo 9 (y con él el requisito de fiabilidad), el artículo 9 dispondrá que *todas las firmas electrónicas* que cumplan las condiciones estipuladas en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 9 satisfarán el requisito jurídico de firma. De este modo, las partes tendrán la certeza de que la firma electrónica que pongan o en la que confíe satisface el requisito legal de firma, por lo que no se le negará validez jurídica.
