



Asamblea General

Distr. limitada
24 de agosto de 2011
Original: español

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)
45° período de sesiones
Viena, 10 a 14 de octubre de 2011

Aspectos jurídicos del comercio electrónico

Propuesta del Gobierno de España

Nota de la Secretaría

En el marco de los preparativos del 45° período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico), el Gobierno de España presentó a la Secretaría el documento adjunto.

El documento que figura en el anexo adjunto ha sido reproducido conforme fue recibido por la Secretaría.



Anexo

Labor futura del Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico: los documentos electrónicos transferibles

A la vista de la decisión adoptada en el plenario del 44º período de sesiones de la Comisión respecto del Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico, la Delegación española desea aportar algunas posibles líneas de trabajo, con miras a facilitar al Grupo la toma de decisiones en las fases iniciales del proyecto. El objeto de este documento de trabajo, por tanto, no es por el momento elevar ninguna propuesta formal cerrada, sino sencillamente determinar los temas que para la Delegación española pueden identificarse como relevantes a la hora de abordar la materia finalmente encomendada al Grupo, a saber, los documentos electrónicos transferibles. En los párrafos que siguen, con todo, sí se pondrá de manifiesto la opinión de la Delegación española sobre parte de las cuestiones que se abordan.

1. Elementos comunes en los regímenes nacionales aplicables a los documentos negociables o transferibles

Partiendo del objetivo básico de elaborar un instrumento que posibilite o facilite a los Estados desarrollar legislación en materia de documentos electrónicos transferibles, la Delegación española estima de vital importancia identificar con precisión cuál debe ser el punto de partida y el enfoque de la referida labor. Ello, entre otras cosas, permitirá determinar cuál es el contenido y el alcance que haya de darse al instrumento finalmente producido. Los principios a aplicar en esta tarea no tienen por qué, y no deberían, diferir de los que se siguieron en la CNUDMI al elaborar instrumentos previos en materia de comercio electrónico. En particular, la regulación del equivalente electrónico de los documentos negociables o transferibles consignados en papel ha de partir de la identificación de las funciones que el papel como medio, y los elementos basados en su empleo, cumplen en el marco del régimen jurídico que les es aplicable, para con ello determinar, en cumplimiento de la política marcada por el principio de equivalencia funcional, de qué manera los medios electrónicos pueden desempeñar las mismas funciones que el papel, y hacerse así acreedores del reconocimiento de iguales efectos jurídicos.

Los elementos aludidos, al ser dependientes de un medio concreto como es el papel, son estrictamente los relacionados con los aspectos formales de los actos que giran en torno a la emisión y al empleo de este tipo de documentos. En este sentido, la Delegación española es de la opinión de que, como en ocasiones pasadas en este mismo campo, el trabajo a acometer y el resultado esperado han de centrarse en los aspectos puramente adjetivos del fenómeno contemplado. El proceso así descrito, requiere, como puede verse, el análisis de cuáles son dichos elementos en los diferentes ordenamientos nacionales, pues cualquier intento de armonización en este campo ha de tomar en cuenta hasta qué punto existe ya armonía entre las normas internas en todos o parte de los aspectos que puedan resultar relevantes.

a. Documentos negociables o transferibles

Para ser consecuentes con la actitud recién propuesta, un paso previo que debe realizarse necesariamente es aclarar el significado de la expresión “documentos transferibles”. Esto permitirá, entre otras cosas, delimitar el alcance del trabajo y el ámbito de aplicación del instrumento resultante. La clarificación se hace necesaria, no solamente por el diferente significado que pueda tener la expresión en las distintas tradiciones jurídicas, sino también por la distinta evolución que los varios tipos de documentos negociables han seguido tanto en la práctica comercial como en la legislación, y por el modo en que dicha evolución ha acabado por afectar a las cuestiones formales.

En este sentido, la Delegación española estima que los trabajos deben centrarse en los documentos transferibles, identificados como los consignados todavía en papel y dependientes, por tanto, de este soporte. Este tipo de documentos son los normalmente emitidos de manera individual, tales como pagarés o las letras de cambio, así como los documentos representativos de mercancías. En realidad, dentro de la condición descrita, el conjunto o los tipos de documentos que integrarían esta categoría es algo que inevitablemente depende de la práctica y de la legislación nacional de cada país. Lo relevante a estos efectos es la dependencia estricta del soporte de papel y la necesidad, por consiguiente, de eliminar obstáculos al uso del papel y del medio electrónico con igual finalidad y efectos. En algunos de los originariamente calificados en las leyes como documentos negociables o transferibles esta dependencia ya no se da, pues las normas contemplan desde hace tiempo su representación en conjuntos de información en soporte electrónico, tales como las anotaciones registrales. Este es el caso, en el contexto más común, de los valores negociables emitidos en masa (y quizá agrupados en series o clases), tales como las acciones, las obligaciones y en general los instrumentos financieros. Por razones ajenas al advenimiento de la red de comunicaciones electrónicas, y más cercanas al funcionamiento de los mercados secundarios organizados u oficiales, este tipo de valores, años atrás representados también en papel, pueden serlo en soporte electrónico (anotaciones y registros electrónicos), y su transferencia, transmisión o negociación puede, por ello, también realizarse por medios electrónicos. Ello supone que este tipo de instrumentos o valores, al contar ya en cada país con un régimen apto para su emisión y negociación por medios electrónicos, deban dejarse al margen de los objetivos inmediatos del Grupo de Trabajo IV.

b. Elementos del protocolo característico de los documentos transferibles

Los documentos negociables o transferibles, como se sabe, se caracterizan por proporcionar un mecanismo para la transmisión de derechos alternativo al régimen ordinario de la cesión, basado en la redacción del documento en una forma y con un contenido determinado, y subsiguientemente en la transferencia del documento en la forma y según el procedimiento marcados por la ley. Tal forma y procedimiento se basan en la transferencia de la posesión junto con, en determinados casos, la adición de cierta información al documento. Lógica consecuencia de esta mecánica es que el titular del documento, y de los derechos en él incorporados, necesite probar su condición, y en tal medida acreditarse como titular legítimo, mediante la posesión y presentación de un documento formalmente correcto. De esta mecánica, basada en la aplicación del régimen de transmisión de los bienes muebles a otros bienes

inmateriales, como los derechos personales, las normas extraen otro tipo de consecuencias que pertenecen ya al régimen sustantivo y material propio de esta forma de transmisión de documentos y derechos y que, si bien se basan en los elementos formales y físicos (la posesión) propios de este protocolo, trascienden a los mismos. En el caso más común, por tanto, las dos piezas esenciales del mecanismo amparado por la ley son la naturaleza documental (y el soporte de papel) de los documentos transferibles y su posesión.

2. Normas que contemplan la emisión y el empleo de documentos transferibles electrónicos en la actualidad

En el presente ya existen algunos ejemplos de normas que contemplan y regulan la emisión y transferencia de documentos electrónicos transferibles. Estos ejemplos, algunos en legislaciones internas, otros en normas e instrumentos de origen internacional, son pocos, pero proporcionan modelos útiles que deben ser tomados en cuenta.

a. La singularidad del documento

Un primer ejemplo se encuentra en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y, por tanto, en las leyes nacionales que hayan podido incorporar sus normas sobre este punto. La Segunda Parte de la Ley Modelo, y en concreto su artículo 17, se refieren en concreto al contrato de transporte y a los documentos que puedan emitirse en virtud del mismo, para regular las situaciones en las que, en particular, puedan transferirse derechos bajo el contrato de transporte a través de la transferencia de documentos. En tales casos, en los que la Ley Modelo contempla específicamente el uso de documentos de transporte negociables, tales como un conocimiento de embarque, la regulación que la Ley Modelo proporciona se basa en la garantía de la singularidad del documento, para asegurar la existencia de un único posible tenedor y titular del mismo, tal como sucede igualmente con el uso del papel.

b. Normas basadas en el control del documento como equivalente de la posesión

Un segundo ejemplo, con un enfoque parcialmente diferente y más logrado, es el que puede encontrarse, en los Estados Unidos de América, en la *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA), en el *Uniform Commercial Code* (UCC) – de forma más precisa, en ambos casos, en las leyes que hayan incorporado sus soluciones en esta concreta materia–, o en la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (ESGNC)¹. Entre las normas de origen internacional, un enfoque paralelo es el que recoge el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2008 (Reglas de Rotterdam).

La UETA, en su artículo 16, regula las condiciones en las que pueden emitirse documentos electrónicos transferibles con igual finalidad y efecto que los emitidos en papel. Sus normas se aplican en concreto a pagarés y a documentos representativos de mercancías. Por su parte, el UCC, en su artículo 7 regula los documentos representativos de mercancías emitidos en forma negociable y en

¹ TIT. 15 USCA, Cap. 96, véase § 7001 y ss.

soporte electrónico. La ESGNC restringe su aplicación en este punto específico (véase § 7021) a pagarés emitidos en relación con un préstamo garantizado mediante un derecho real sobre un bien inmueble, pero presenta una estructura y técnica igual que la de los ejemplos previos. Las Reglas de Rotterdam regulan, de forma accesoria y en el marco de la materia principal –el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo–, los documentos de transporte electrónicos negociables.

El esquema empleado en todos estos ejemplos se basa en la identificación de un equivalente funcional a la posesión que las normas denominan “control” o “control exclusivo” del documento, a partir del cual se traza el mecanismo o protocolo para la transferencia del documento electrónico y los derechos en él incorporados. En el referido mecanismo, de este modo, para la transferencia del documento es necesaria la transferencia del control (o control exclusivo) sobre él, y para el ejercicio de los derechos incorporados en el documento es igualmente necesaria la prueba de la condición de tenedor mediante la del control sobre el documento.

En todos los ejemplos citados, el control, como equivalente funcional de la posesión, se caracteriza por cumplir la misma función y servir a la misma finalidad: identificar de manera fiable al titular del documento. Las condiciones para el establecimiento del control sobre un documento electrónico transferible, de este modo (si bien en cada una de las normas indicadas de diferente manera), se definen por referencia a la capacidad de la tecnología y el sistema empleados en las comunicaciones para cumplir esta función de manera suficientemente fiable.

En la determinación de lo que el control del documento pueda ser ha de tenerse muy presente que, en las operaciones entabladas y ejecutadas por medios electrónicos, cualquier intercambio o transferencia de activos intangibles, tales como documentos electrónicos transferibles, se basará en el intercambio de información entre las partes a través de la red de comunicaciones electrónicas. Esto supone que el control se basará puramente en el intercambio de información que, en el caso indudablemente más común, será información escrita. Una de las varias consecuencias de lo dicho es que el control, como indicio fiable de titularidad, cubre tanto las funciones que en el mundo del papel asociamos a la información escrita en el documento (identificación del titular a través de requisitos formales como el endoso), como las que atribuimos a la posesión.

Las circunstancias recién descritas han sido naturalmente tomadas en cuenta por el legislador en todos los casos a los que hemos recurrido como ejemplo. Uno de los más claros síntomas de esto es que las normas citadas asumen de manera relativamente implícita que las partes en las operaciones donde pueda emplearse un documento electrónico transferible acordarán el sistema y, por ende, la tecnología a emplear para su emisión y uso. De esta manera, un punto clave para el reconocimiento de la válida emisión y transferencia de un documento electrónico transferible es el de la tecnología necesaria para este fin, su grado de disponibilidad en el mercado, la arquitectura y el protocolo o mecánica en la que de hecho y desde un punto de vista lógico desemboca y, como se ha dicho, el grado de fiabilidad que alcanza en la cobertura de la función señalada: la identificación en cada momento del titular del documento transferible.

Existen ya servicios en el mercado para el empleo de documentos electrónicos transferibles de diversa naturaleza, en algunos casos al amparo de las normas previamente indicadas. Estos servicios tienen un carácter originariamente externalizado, es decir, se trata de servicios prestados por entidades terceras, diferentes de las partes que finalmente desean emplear en sus operaciones documentos electrónicos transferibles (quienes a la postre son, por tanto, los usuarios del servicio). Además de prestadores del servicio, estas entidades actúan como terceros de confianza, en la medida en que el valor del servicio y su difusión en el mercado dependen, entre otras variables, de la fiabilidad de sus sistemas, y de la reputación que sobre la base de la misma sean capaces de acumular. Los usuarios de este tipo de servicios difícilmente pueden comprobar en toda la medida necesaria la fiabilidad de la tecnología empleada y las garantías que existen de que sus características aseguran en medida razonable la existencia del documento, el carácter original de la información que alberga, su autenticidad y la de las firmas que pueda incorporar, la integridad de las comunicaciones intercambiadas en su empleo y la identidad de su emisor y su titular (así como la de otras personas que puedan aparecer en el documento por haber participado en su circulación en algún momento). El papel que estas entidades desempeñan, por consiguiente, es el de intermediarios de confianza, como terceros ajenos a las operaciones en las que puedan ser usados sus servicios. Este aspecto debe ser tomado en cuenta por el intérprete encargado de aplicar la norma (por ejemplo, un juez) y de decidir, así, si existe control del documento y si la persona que alega tenerlo es por ello su titular; pues ello sólo debe ser así si el sistema de comunicaciones empleado asegura razonablemente las cualidades requeridas para el documento transferible e identifica de manera fiable a su titular. La noción de fiabilidad resulta de vital importancia en esta materia, así como en otras propias del Derecho del comercio electrónico (firmas digitales, originalidad del documento).

3. Sistemas empleados en la práctica para la emisión y transferencia de documentos electrónicos transferibles

Todos los sistemas actualmente existentes para la prestación de este tipo de servicios (como otros que existieron en el pasado) responden, con diferente arquitectura, a las características señaladas. Se basan, por tanto, en la creación de sistemas para la gestión de la información tendentes a permitir a sus usuarios la verificación, a través de la tecnología y las comunicaciones, de las condiciones que la ley hace necesarias para el reconocimiento de los efectos jurídicos deseados. En unos casos se trata de sistemas específicamente diseñados con este propósito y que, por tanto, ya son comercializados con la finalidad de permitir a sus usuarios la emisión y negociación de documentos electrónicos transferibles. En otros casos se trata de sistemas todavía no comercializados con esta finalidad, pero aptos para ser aplicados a la emisión y transferencia de documentos electrónicos transferibles.

En una de las clasificaciones habitualmente aplicadas para diferenciar estos sistemas se distingue entre sistemas de registro (registry systems) y sistemas de símbolo u objeto (token systems). Esta clasificación se basa en la arquitectura y estructura lógica y protocolar de cada uno de tales sistemas. En cualquier caso, hablamos de sistemas para la gestión de la información con una finalidad concreta: la emisión y transferencia de documentos electrónicos transferibles en condiciones que satisfagan los requisitos de la ley (y entre ellos el principal, identificar de manera fiable al titular, tenedor del documento).

Los sistemas de registro se basan en la creación de sistemas de información con estructura registral. En el registro así creado, que obedece a la misma lógica que otras estructuras de información registrales para la asignación de titularidades o derechos de propiedad, figura el documento, con la identidad de su titular. Las transferencias del documento, de la titularidad sobre el mismo (con todas las consecuencias que puedan seguirse), se articulan a raíz de las transacciones que los usuarios puedan haber acordado en el sistema o previamente fuera de él, pero en cualquier caso a través del cambio de titularidad en el registro ordenado por la persona legitimada para ello, es decir, el titular transmitente. Desde la lógica de la ley, este tipo de sistemas pueden satisfacer el test del control, pues la tecnología en la que se basan, de ser lo suficientemente fiable, asegura la identificación de un único titular del documento (y de los derechos que incorpora) en cada momento. Estos sistemas se basan igualmente en la creación de entornos cerrados para las comunicaciones multilaterales centralizadas, fuertemente basados a su vez en medidas de seguridad tendentes a verificar la identidad de sus usuarios y a asegurar la integridad de las comunicaciones.

Los sistemas de símbolo u objeto obedecen a una lógica que en esencia puede describirse como paralela a la seguida en el mundo del papel. Esta lógica, por tanto, se basa también en la identificación de documentos originales y singulares (tal como sucede en los sistemas de registro), que pueden ser reconocidos como tales a través del *software* empleado para su manejo, y que resultan aptos para ser transmitidos de un sistema de información a otro manteniendo todas las cualidades antedichas. Ello permite, de este modo, reproducir en el entorno electrónico la lógica seguida en el mundo físico, en el que para la transferencia del documento negociable lo que transferimos es el documento en sí: en el caso del documento en papel, su posesión; en el caso del documento electrónico, el control sobre el mismo (de satisfacer el sistema empleado el test del control en su caso aplicable)².

En ambos casos, con independencia de su arquitectura y la estructura en la que desemboca, la lógica del protocolo seguido entre las partes en estos sistemas para la producción de efectos jurídicos sería equivalente, pues para la transferencia del documento electrónico transferible (reconocido como original y auténtico) se transfiere el control sobre el mismo. En ambos casos también, la determinación de la existencia del documento, sus cualidades y sus efectos, así como su titularidad y transferencia, se basan en el intercambio de información. La verificación de tales cualidades y hechos se basa a su vez en la intervención de terceros de confianza. Si bien pueden intervenir en cada caso de diferente forma, estas entidades actúan como intermediarios de confianza para la verificación de la fiabilidad del sistema y de la tecnología que emplea y, por tanto, de la información intercambiada y de su grado de veracidad. La generación de confianza es una pieza clave en toda esta filosofía, desde el punto de vista técnico, comercial o de servicio, y finalmente jurídico. Los mecanismos para la generación de confianza en muchos casos no son

² A esta lógica responde la denominada *Digital Objects Infrastructure*. La misma se basa en la creación y uso de “*digital objects*” (DO), conjuntos de información singulares y diferenciados, que pueden ser reconocidos como tales a través del empleo del *software* necesario, el cual se basa a su vez en un sistema de códigos de numeración únicos, que se aplican tanto a los DO como a los repositorios en que puedan hallarse en cada instante. Dichos códigos son asignados por las autoridades encargadas de su administración (un registro central y una estructura periférica o descentralizada).

muy diferentes a los que ya conocemos para otros fenómenos (en particular, la firma electrónica), y pueden asentarse en estructuras alternativas, en las que, partiendo de la actuación de los propios proveedores del servicio como terceros de confianza (en particular, frente a posibles adquirentes de un documento electrónico transferible), pueden superponerse otros intermediarios y estratos de confianza, tales como entidades certificadoras o auditoras, o, posiblemente, el sector público.

4. Ámbito y finalidad del trabajo a desarrollar

Todas las observaciones y comentarios precedentes han sido realizados con el ánimo de contribuir a la determinación del ámbito y de los objetivos del trabajo a realizar en el seno del Grupo de Trabajo IV. La toma en cuenta de las pocas normas existentes en este campo, la experiencia adquirida en su interpretación y aplicación, así como la práctica comercial desarrollada al amparo de dichas normas, dan una primera indicación de las cuestiones que pueden ser abordadas desde una instancia como la CNUDMI y la forma en que puede hacerse.

Hay varios puntos que a juicio de la Delegación española han de ser resueltos en la fase inicial de los trabajos del Grupo de Trabajo. Dichos puntos incluyen, sin ánimo taxativo:

a) Dentro del objetivo último y general de proporcionar a los Estados los medios o instrumentos para aprobar legislación sobre documentos electrónicos transferibles, debería estudiarse la naturaleza del instrumento o instrumentos a confeccionar. Las posibilidades en este punto son varias. La Delegación española entiende que una opción que presenta interés es la elaboración de una normativa modelo (una ley modelo, o un suplemento de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico), dada en particular la ausencia de normas a este respecto en el caso español y en la mayoría de los Estados. Sin embargo, en la sala habría que examinar igualmente otras posibilidades.

b) La materia que debe abordar el señalado instrumento ha de incluir:

- El tipo de documentos a los que puede ser de aplicación.
- El carácter y alcance de las normas y principios finalmente presentes en el señalado instrumento; y la relación existente entre ellos y las normas sustantivas o materiales preexistentes que integran el régimen de los documentos negociables en papel. Siguiendo la estela marcada por los instrumentos y normas previos en materia de comercio electrónico, la opción preferida por la Delegación española es restringir el ámbito de los trabajos y el instrumento eventualmente producido a las cuestiones puramente adjetivas y formales, para su encaje con los principios sustantivos y materiales de la legislación nacional preexistente.
- Las normas que han de disciplinar la emisión y transferencia de documentos electrónicos transferibles, entre ellas:
 - Las condiciones para su válida y eficaz emisión;
 - Las condiciones para su válida y eficaz transferencia o negociación a un tercero, nuevo tenedor;
 - Las condiciones para la prueba de la titularidad sobre el documento, es decir, de la condición de tenedor del mismo;

- Tanto si las normas o los principios eventualmente identificados y acordados se basan en alguna de las nociones que conocemos, tales como el control del documento, como si se basan en una noción o concepto diferente, el contenido y los elementos definitorios de dicha noción;
 - Las condiciones y normas a aplicar para la amortización y cancelación del documento en el momento de su extinción; y
 - Las cuestiones procesales relativas al régimen específico de los documentos negociables o transferibles y el ejercicio de los derechos que incorporan en un contexto litigioso, y su regulación para los documentos emitidos en soporte electrónico.
- Las posibles implicaciones que pueda tener la intervención de terceros de confianza, ya se trate de los prestadores de servicios para la emisión y el empleo de documentos electrónicos, transferibles o no, y el papel que han de desempeñar. La materia relativa a la situación de los prestadores de servicios, de las entidades certificadoras o de cualesquiera intermediarios de confianza puede abarcar varios aspectos. Los aspectos que puedan ser objeto de la labor que vaya a emprender el Grupo de Trabajo IV deben examinarse. Dos cuestiones cuyo planteamiento es interesante, a juicio de la Delegación española, son:
 - El estudio de posibles modelos de regulación del mercado de este tipo de servicios (por ejemplo, los basados en la creación de una mínima “estructura de confianza pública” y un cierto control público), a los efectos de proporcionar criterios claros para la aplicación de las normas; y
 - El estudio de la responsabilidad potencialmente arrostrada por este tipo de entidades, y las medidas que desde la ley puedan tomarse para su óptima y más eficiente regulación y nivel de exigencia.
 - Las condiciones para el reconocimiento transfronterizo de los documentos electrónicos transferibles, en todo aquello estrictamente dependiente de las cuestiones adjetivas o formales propias de las normas sobre Derecho del comercio electrónico.