

La Protección del Consumidor en el ámbito del Comercio Electrónico.

Rocío Ovilla Bueno

Introducción

Como un fantasma que recorre el mundo, un nuevo orden económico mundial se ha establecido más allá de las fronteras de los Estados: la globalización. En la sociedad globalizada, el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación nos permiten realizar, hoy en día, un nuevo tipo de comercio, el comercio electrónico. 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*. Todo este tipo de intercambio es posible debido a la existencia de redes digitales a nivel mundial. Entre este tipo de redes, se encuentra la red Internet. La utilización de este «nuevo» tipo de comercio trae consigo problemas jurídicos. Problemas que cada Estado trata de resolver utilizando su arsenal jurídico propio, es decir, dando una solución nacional a problemas internacionales. Sin embargo, dado el carácter global de estas tecnologías, como es el caso de Internet y la evolución de su utilización (de una «feria de ideas» hacia una «feria comercial»), en la divergencia de legislaciones cómo hacer convergir soluciones únicas sin desacelerar su crecimiento, sobretodo cuando se trata de regular acerca de intereses económicos, como es el caso del comercio electrónico.²

II. Interés de la regulación del comercio electrónico

La red Internet es un maravilloso medio para el comercio³, puesto que permite a los empresarios una mejor gestión de sus almacenes, un menor costo de re-

cursos humanos así como una comunicación inmediata y obicua con sus clientes. Gracias a Internet, los precios de un producto pueden bajar de manera considerable.⁴

En el caso del comercio electrónico, la relación entre un fabricante y un usuario se realiza a través de la red Internet, la cual es una red abierta y en consecuencia ni puede considerarse una red segura a no ser que se adopten algunas medidas de seguridad. Puesto que es la seguridad de un sistema que dará confianza al cliente de un negocio que desea realizar alguna compra por medio de la red.

A nivel internacional, existen múltiples esfuerzos para estimular el desarrollo del comercio electrónico. Podemos mencionar, en primer lugar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE quien emitió una serie de recomendaciones relativas a la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico. El objetivo de estas recomendaciones es proporcionar un marco de referencia, así como un conjunto de principios que orienten a los Estados a la revisión, formulación y adopción de leyes, prácticas, políticas y regulaciones en materia de consumo.⁵ En segundo lugar, podemos mencionar, la proposición realizada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL, la cual elaboró una Ley modelo sobre el comercio electrónico,⁶ esta proposición tiene como finalidad establecer o fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos del papel, y dar con ello valor jurídico a la utilización de estos medios digitales. También, podemos mencionar como ejemplo a

- 1) Véase, Pouillet Yves y Queck Robert, *Le droit face à Internet*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit N° 12, Namur, 1997. P. 232.
- 2) En un informe de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, el comercio electrónico representará de aquí al 2003 entre el 10% y el 25 % del comercio mundial. Informe de la ONU sobre el comercio y el desarrollo, CNUCEP, publicado el 16 de Febrero de 2000. Hoy en día, en Europa, el comercio electrónico ya representa 17 mil millones de euros y en 2003 representará 304 mil millones de euros.
- 3) Se estima que Internet doblará el número de usuarios cada cien días, razón por la cual se prevé que se duplicaran los negocios hechos a través de Internet. Actualmente, existen 120 millones de negocios conectados a Internet.
- 4) De manera general, en la composición del precio de un producto, 5% representa la materia prima utilizada y 95% el valor generado durante el proceso de distribución.

la Unión Europea quien, desde hace ya algunos años, legisla e intenta armonizar reglas para el comercio electrónico. Tal es el caso de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 8 de junio de 2000 relativa a ciertos aspectos jurídicos de la sociedad de la información y sobre todo el comercio electrónico en el mercado común,⁷ la Directiva 97/7/CE del Parlamento europeo y del Consejo del 20 de mayo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.⁸ El objetivo principal es de vigilar que el comercio electrónico beneficie al mercado de la Unión europea y asegure la libre circulación de servicios de la sociedad de la información. En esta óptica, las Directivas operan un acercamiento de ciertas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información.⁹ Teniendo este mismo objetivo de impulso al comercio electrónico, el Congreso de los Estados Unidos de América, adoptó el 15 de junio de 2000, una ley que otorga a la firma electrónica el mismo valor jurídico que a la firma manuscrita.¹⁰ Finalmente, existe una Declaración conjunta Unión Europea-Estados Unidos de América sobre el comercio electrónico¹¹. En esta declaración se hace un reconocimiento de que el comercio electrónico requiere una aproximación coherente, coordinada a nivel internacional, además del compromiso de continuar las discusiones con el fin de alcanzar un acuerdo general en los foros multilaterales, como es el caso de la OCDE, la OMPI y la UNCITRAL.

Igualmente se define el papel de los gobiernos, el cual consiste a proporcionar un marco legal y consisten-

te, 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.

En el caso de México, es al Estado a quien le corresponde regular lo referente al crecimiento económico.¹² Podemos observar que el principio de rectoría otorga al Estado la misión de tener a su cuidado el desarrollo nacional, mismo que entraña promover el progreso del país en todos los órdenes.¹³ Es en esta perspectiva, que el Estado mexicano debe aprehender el entorno jurídico de Internet, sobre todo sabiendo que la red de redes se consolida diariamente como una plataforma para el desarrollo de las transacciones comerciales, principalmente para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas. Puesto que Internet ya forma parte de nuestras vidas.¹⁴

El comercio electrónico ofrece nuevos beneficios a los empresarios y a los consumidores.¹⁵ Sin embargo, la confianza de los mismos debe ser alentada por el desarrollo permanente de mecanismos de protección transparentes. 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.

-
- 5) Véanse estas recomendaciones en el sitio Web de la subsecretaría de comercio interior de la de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, <http://www.secofi-ssci.gob.mx>
 - 6) Ley modelo de la CNUDCI sobre el comercio electrónico del 16 de Diciembre de 1996. Esta Ley se puede ver en el sitio: <http://www.uncitral.org>
 - 7) Directiva publicada en el Journal Officiel de la Communauté Européenne, JOCE N° 1, L. 178 del 17 de Julio de 2000.
 - 8) Directiva del 20 de Mayo de 1997. JOCE del 4 de Junio de 1997, L. n° 144, P. 9 y ss. Esta Directiva establece que el consumidor deberá disponer de información sobre la identidad del proveedor, las características esenciales del bien o servicio, el precio, incluidos todos los impuestos, los gastos de entrega, las modalidades de pago, la existencia de un derecho de resolución, el plazo de validez de la oferta y en su caso la duración del contrato.
 - 9) L. Idot, La Directive sur le commerce électronique est définitivement adoptée, Europe, Editions du Juris- Classeur, Agosto-Septiembre 2000, Paris. P. 27.
 - 10) Dan en EU valor jurídico a la firma electrónica. Periódico Excelsior, sección computación, 19 de Junio de 2000.
 - 11) Véase la traducción de Xavier Ribas en: <http://www.onnet.es/08001009.html>
 - 12) El artículo 25 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, nos indica que: "Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la nación y su régimen democrático y que mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución...".
 - 13) Fix-Zamudio Héctor y Valencia Carmona Salvador, Derecho constitucional mexicano y comparado, Editorial Porrúa, México, 1999, P. 563.
 - 14) A finales de 1999, 341 mil personas realizaron compras a través de la red, por un valor de 223 millones de dólares, aunque, la mayoría de las compras se destinaron a sitios de Estados Unidos. Rodríguez Trejo, Madura el Comercio Electrónico en México, en: periódico Excelsior, sección computación, 5 de Junio 2000. En 2000, las compras de consumidores mexicanos fue de casi 100 millones de dólares, 45% se realizaron por medio de sitios de subastas, 20% fueron de equipo y programas de computación, 7% de boletos y servicios de viajes. Sánchez García Miguel Angel, E-Com, lo último en tendencias de comercio electrónico, en: Periódico Excelsior, Sección computación, 12 de Marzo de 2001.
 - 15) Se pueden realizar transacciones sin intermediarios, lo que permite disminuir los costos de distribución

En lo que respecta a la técnica, debemos crear un conjunto básico de estándares implementados en herramientas de comercio electrónico integradas para garantizar la seguridad de las transacciones.¹⁶ En lo referente a los aspectos jurídicos del comercio vía Internet, contrariamente a la filosofía libertaria del principio se sucede una necesaria regulación del comercio electrónico¹⁷

En el año 2000, México realizó una serie de reformas, adecuando su marco jurídico para alcanzar este objetivo de seguridad y confianza en las transacciones electrónicas. En concreto, la finalidad de estas reformas legislativas¹⁸ es de:

- 1.- Dar seguridad jurídica en el uso de medios electrónicos;
- 2.- Facilitar las transacciones por estos medios, y
- 3.- Lograr la interacción global e integral de los campos en que se utilizan los medios electrónicos.¹⁹

Pero, ¿qué es lo que debemos entender como Comercio electrónico ?

III. Noción de comercio electrónico

La noción de comercio electrónico varía según sea definido por una organización, un consumidor, una asociación.

A nivel internacional, la UNCITRAL nos proporciona una lista enunciativa, pero no limitativa de las relaciones que pueden existir en el comercio electrónico. Así este organismo considera que las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría, de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de

cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros.

La OCDE define al comercio electrónico como «toda forma de transacción ligada a las actividades comerciales, que asocia tanto a los particulares como a las organizaciones, y que se basa en el tratamiento y transmisión de datos digitales, sobretodo en lo que concierne al texto, sonido o imagen».

Podemos encontrar un consensus para definirlo como «cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación».

Luego entonces, existen tres elementos que caracterizan al comercio electrónico:

1. La noción de actividad comercial;
2. 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
3. La internacionalización inherente a Internet.²⁰

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.

Este tipo de comercio se puede dividir en cuatro categorías diferentes: comercio de empresa a empresa, comercio de empresa a la administración, comercio de

16) Véase el estudio de la situación del comercio electrónico en España. <http://www.sgc.mfom.es/sat/ce/secl/par121.html>. En México, una política de fomento de reducción de precios de telecomunicaciones, sería bienvenida por los empresarios.

17) Droit européen des contrats, suite : de l'influence de l'Internet sur le formalisme contractuel. Revue Trimestrielle de Droit Civil, octobre 2000, Paris. P. 943.

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

19) 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.

20) 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.

consumidor a administración y comercio de empresa a consumidor. El día de hoy, nosotros vamos a realizar algunas reflexiones únicamente sobre el comercio electrónico entre la empresa y el consumidor. Véamos las reglas de protección del consumidor de una manera general.

IV. Régimen general de protección del consumidor.

En la actualidad, el legislador brinda una protección especial a quienes no se encuentran en un plan de igualdad económica al momento de la celebración de un contrato, es decir, el objetivo de la protección del consumidor es igualar jurídicamente a sujetos que son económicamente desiguales, otorgando una protección contra los riesgos presentes en los productos y servicios que se encuentran en el mercado y contra las prácticas comerciales susceptibles de ser desleales.²¹ La importancia de las medidas que se toman en favor de los consumidores puede llevarnos a considerar el nacimiento de un nuevo derecho: un derecho de la consumación.²²

Este derecho se genera por la transformación de las relaciones jurídicas provocada por la aparición de una producción masiva de bienes y servicios, objetos de comercio, lo cual ha llevado a la modificación de la forma de la oferta (la cual ya nos es individual), creándose una oferta colectiva.²³ En el aspecto económico, la protección del consumidor constituye una finalidad que es menos perceptible puesto que esta protección se agrega a la organización general del mercado internacional.

Considerando que la protección de las operaciones transfronterizas de los consumidores desde sus domicilios favorece el correcto funcionamiento del mercado interior,²⁴ la Unión Europea inició su política de pro-

tección de los intereses económicos de los consumidores, bajo la égida de los siguientes principios:

1. Los compradores de bienes y servicios deben de estar protegidos contra los contratos tipo y, en particular, contra la exclusión de derechos esenciales en los contratos;
2. El consumidor debe de estar protegido contra los perjuicios causados a sus intereses económicos por unos servicios insuficientes, y
3. La presentación y promoción de bienes y servicios, incluidos los servicios financieros, no deben concebirse de forma que induzcan, directa o indirectamente; a error a la persona a la que se ofrecen o por quien han sido solicitadas.²⁵

En México, es en 1976 que entra en vigor la Ley federal de protección de consumidor, misma que ha tenido múltiples reformas.²⁶ Esta Ley es de orden público e interés social,²⁷ cuyo objetivo es de promover y proteger los derechos de los consumidores y procurar la equi-

dad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.²⁸ 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 frau-

duento de la información proporcionada y la correcta utilización de los datos aportados.» Véamos cómo se define, a nivel internacional, esta noción de consumidor.

En la Unión Europea, el consumidor es «toda persona física que actúa con un propósito fuera del marco de su actividad profesional»²⁹

“... el objetivo de la protección del consumidor es igualar jurídicamente a sujetos que son económicamente desiguales...”

21) Droit de la Consommation, Enciclopedia Dalloz, Paris, 2001. P. 8.

22) Por ejemplo, en Francia, se elaboró un Código de la consumación en el cual se agrupan todas las reglas aplicables a las relaciones entre profesionales y consumidores.

23) Droit de la consommation, Enciclopedia Dalloz, Paris, 2001.

24) Aguilar Rubio, Marina, Los contratos a distancia en la Unión Europea, en: Revista Electrónica de Derecho e Informática, REDi, <http://es.derecho.org/doctrinal/0marina>

25) Véase comentarios de Dávila Rodríguez, Miguel Ángel, Manual de Derecho Informático, Arazandi Editorial, Navarra, 1997 P. 182.

26) 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.

27) 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, 1998.

28) Artículo 1º de la Ley Federal de protección al consumidor.

29) Artículo 2º de la Directiva europea de venta a distancia del 20 de Mayo de 1997.

La Convención de Viena define al consumidor como «aquél 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.»

Podemos observar, que la mayoría de los instrumentos jurídicos supranacionales han armonizado la noción de consumidor. 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 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. Solamente que al comprar por Internet tenemos que considerar cierta especificidad de la red: la desmaterialización, la inmediatez y la internacionalización de la compra.³⁰

V. Comercio electrónico y protección del consumidor

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 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 pro-

ductos que compre ?, ¿ Puedo devolver el producto si no me gusta ?, ¿ Me darán una factura ? son preguntas que reflejan la confianza en las empresas. Seguridad y confianza son entonces los elementos esenciales del comercio electrónico. Pero, ¿ quién proporcionará esta seguridad y confianza ? 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.³¹

Véamos, tres momentos existentes en una compra vía Internet:

1. Antes de la realización de una compra (Publicidad y respeto de las libertades individuales)
2. En el momento mismo de la compra (Contratos)
3. Después de haber realizado la compra (Legislación aplicable y Juez competente)

VI. 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,³² la cual no le interesa.³³ La búsqueda con la ayuda de portales de clasificación de información vía temas y/o países³⁴ tampoco esta exenta de la publicidad. El orden de presentación del conjunto no es aleatorio, es posible influenciar a un consumidor por el orden de presentación de una lista. La segunda opción es cuando el usuario recibe mensajes

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

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

32) 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 cibermarcadotecnia.

que no pidió, llamado el *push*. 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.³⁵ 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.³⁶ Así, por ejemplo, podemos mencionar: La venta de sangre que esta permitida en los Estados Unidos de América, en Francia esta prohibida. La publicidad de productos alcohólicos y de cigarros 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.³⁷ ¿Cuál es la ley competente?

En materia de publicidad, la jurisdicción alemana nos da un ejemplo. Esta jurisdicción retuvo la solución de la tesis del lugar de recepción. «El tribunal alemán deduce su competencia internacional y territorial del sólo hecho que la publicidad aparece en la pantalla del usuario, en su circunscripción».

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.³⁸ 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 finali-

dad la promoción de toda forma de productos o de servicios.³⁹ 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 *spamm*, así como debe respetar ciertas disposiciones particulares sobre la publicidad infantil y el respeto de las sensibilidades diversas del público mundial (relacionadas con la pornografía, la violencia, el racismo o el carácter sexista de los mensajes).

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.⁴⁰

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.⁴¹ 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

-
- 33) 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.
- 34) Como es el caso de Yahoo.
- 35) Por ejemplo, la reglamentación de la utilización de cookies.
- 36) Nathalie Varille, *Publicité sur Internet, Droit et Déontologie*, Gazette du Palais, 22 de Noviembre de 1997, Paris, P. 5.
- 37) Vivant Michel, Le Stanc Christian et al., *Lamy informatique et réseaux*, 2001, N° 2515.
- 38) 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.
- 39) Estas Líneas directivas pueden leerse en el sitio <http://www.iccwbo.org>
- 40) Artículo 76 párrafo VII de la Ley Federal de protección al consumidor.
- 41) Principio existente en el Código internacional de prácticas leales en materia de publicidad de la Cámara Internacional de Comercio.

sociedades o utilizados para enviarle publicidad de la empresa.

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.⁴²

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 carácter 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.⁴³

VII. 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 privada 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 datos personales, bajo el pretexto de una protección de la vida privada.⁴⁴

Estas líneas directivas enumeran los principios fundamentales aplicables a un nivel nacional: principio de limitación en materia de recopilación de datos (obtención por medios lícitos); principio de la calidad de los datos, principio de la especificación de la finalidad de la recopilación, principio de su utilización, principio de transparencia, 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,⁴⁵ 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 respetan. 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.⁴⁶ 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 esta óptica que se crearon los principios de «safe harbor».⁴⁷ Las empresas estadounidenses

42) Por ejemplo, estos símbolos nos permitirían saber si la oferta es válida sólo para un país o para un conjunto de países.

43) Artículo 24 de la Ley Federal de protección del consumidor.

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

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

46) 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.

47) 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.

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

VIII. Contratos de comercio electrónico y protección al consumidor.

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 computadora, 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 telefónico 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.⁴⁸ 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 venta.⁴⁹

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.⁵⁰ Este tipo de contratos implican, por lo general, un

debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes,⁵¹ puesto que son contratos en los cuales existe una voluntad debilitada que se manifiesta por la sólo adhesión del usuario.⁵²

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.⁵³

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 preveer 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

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

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

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

51) 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.

52) Dávora Rodríguez Miguel Angel, op. cit. P. 182.

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

o para extinguirlo. Sin embargo, esta libertad puede no ser tan cierta sobre todo en el campo de lo económico.⁵⁴

En el derecho mexicano, las condiciones para que un contrato sea 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:

«El consentimiento puede ser expreso o tácito. Será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito o por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos»⁵⁵

En los contratos de comercio electrónico el consumidor brindará su consentimiento mediante un simple click.⁵⁶

En la fase de formación del contrato las informaciones proporcionadas al consumidor deben de ser claras y precisas.⁵⁷ Además, para que 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.⁵⁸ En México, los convenios y contratos mercantiles se perfeccionan desde que se recibe la aceptación de la oferta o las condiciones con que ésta fuere modificada.⁵⁹

Dado el carácter internacional de contrato, es prudente que el vendedor precise la zona geográfica de cobertura de la oferta.⁶⁰ 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.⁶¹

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,⁶² 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;⁶³ la utilización de elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y

“En la fase de formación del contrato las informaciones proporcionadas al consumidor deben de ser claras y precisas.”

- 54) Véase por ejemplo, el caso de los llamados contratos de adhesión o cuando el legislador limita la libertad de escoger a su contratante como es el caso de los monopolios estatales (correos, energéticos, tabaco, etc...)
- 55) Artículo 1803 del Código civil mexicano, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Mayo de 2000.
- 56) 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»
- 57) Artículo 76 párrafo VII de la Ley Federal de protección del consumidor.
- 58) 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 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.
- 59) Artículo 89 del Código de Comercio mexicano.
- 60) Vivant, Michel, Les contrats du commerce électronique, P. 92.
- 61) Artículo 1830 del Código civil mexicano
- 62) Artículo 49 del Código de Comercio mexicano.
- 63) Artículo 76 bis de la Ley Federal de Protección del Consumidor de México y artículo 109 de la Ley federal del derecho de autor.

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;⁶⁴ 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 impuestos⁶⁵, la existencia de un plazo de reflexión;⁶⁶ 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 considerada como nula. Sin embargo, la aplicación es el centro de gravedad de todo sistema jurídico y su piedra de toque.⁶⁷ Véamos algunas pistas de resolución de conflictos.

IX. Legislación aplicable y Juez competente

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.⁶⁸

Para los contratos de comercio electrónico donde ninguna de las partes se encuentre en la Unión Europea, se puede aplicar los principios de la 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 corresponderan a momentos diferentes de la compraventa en línea. A cada problema específico sera necesario 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.

X. A manera de conclusión.

Efectivamente, el Estado debe garantizar el desarrollo de la nación promoviendo el desarrollo del 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. Debe in-

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

65) 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

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

67) Angel Latorre, Introducción el estudio del Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1971, P. 83.

68) 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.

formarse 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 de crédito, 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 que paga los gastos inherentes al envío. El consumidor debe tomar ciertas medidas de seguridad como la verificación de que esta utilizando un servidor seguro.⁶⁹ El consumidor debe conservar los términos y condiciones del contrato, así como todas las transacciones, los correos electrónicos que haya enviado al comerciante. No obstante, no olvidemos cuál el perfil del ciberconsumidor hispano,⁷⁰ hasta el momento es un consumidor prudente, que salvo algunas excepciones ⁷¹ esta satisfecho de sus compras por Internet. **D&S**

-
- 69) En el caso del navegador Netscape veremos aparecer un dibujo de una llave, si es el navegador Explorer que estamos utilizando vemos 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 securizado la dirección del documento es https://.
- 70) El perfil del ciberconsumidor hispano es una persona de 33 años, ciudadana, de sexo masculino, con título universitario, soltera, que no vive sola y además posee la tecnología más avanzada (DVD, cámara digital, computadora portátil, teléfono móvil con sistema WAP). El pago de sus compras lo hace mediante una tarjeta de crédito (en general, VISA) o por contrareembolso. Véase los resultados de la encuesta realizada (con fines no comerciales) entre Marzo 2000 y Marzo 2001, por Internet en Valencia, España, http://www.mixmarketing-online.com/comercio_electronico.html
- 71) 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.