

Comercio digital

DR. CARLOS ESPINOSA BERECOCHEA

Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Maestro en Ciencias Jurídicas por dicha Universidad y catedrático de esta. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI de CONACYT, Nivel I
cespinosa@up.edu.mx

Síntesis

El Senado mexicano ratificó el 12 de diciembre de 2019 el T-MEC, en el que se incluye el *Capítulo 19 Comercio digital*, con los programas de cómputo, texto, video, imagen, grabación de sonido u otro codificado digitalmente; asimismo, el spam. Se identifica la firma electrónica para el comercio sin papel, *paperless*; y se reconoce el trato no discriminatorio que las partes deben otorgar respecto del producto digital creado, producido, publicado o puesto a disposición en condiciones comerciales en el territorio de la otra parte.

Introducción

Antes de hablar de algún capítulo del T-MEC,¹ es necesario precisar que, al momento de elaboración del presente, el Senado mexicano lo ratificó el 12 de diciembre de 2019. El Senado de los EE.UU. aprobó la ley para su implementación el 16 de enero de 2020 y solo resta que el parlamento canadiense haga lo propio, sin que se descarte, aunque no sea previsible, una segunda renegociación, como la ocurrida en diciembre pasado.²

Igualmente, debemos precisar, antes de entrar en materia, que no debe confundirse comercio electrónico con comercio digital, ya que el primero, también reconocido como comercio en línea o por Internet, se refiere a la compraventa de productos y servicios por medios electrónicos como redes sociales o páginas web, los cuales no son productos digitales, en tanto que los bienes enajenados mediante del segundo sí son digitales.

Al respecto, los productos digitales como se definen en el artículo 19.1 se refieren a un programa de cómputo, texto, video, imagen, grabación de sonido, u otro producto que esté codificado digitalmente, producido para la venta o distribución comercial y que puede ser transmitido electrónicamente.³

La precisión anterior es importante, ya que uno de los puntos álgidos en la renegociación que nos ocupa, fue el relativo a la cantidad que debería estar libre de





impuestos tratándose de importaciones por medio de empresas del servicio de mensajería expreso, utilizadas para la entrega de mercancías enajenadas mediante esquemas de comercio electrónico, lo que hizo que este término ganara relevancia.

De este modo, recordará el lector que estando actualmente el límite en México de 50 dólares para que la mercancía importada en esas circunstancias no pague impuestos a su importación, el presidente Trump y sus asesores presionaron para llevar ese límite hasta los 800 dólares, situación que a la postre fue diferente, ya que quedó fijado para México en 117 dólares para aranceles aduaneros (impuesto general de importación) y 40 dólares para impuestos (impuesto al valor agregado y especial sobre producción y servicios), según quedó establecido en el artículo 7.8⁴ referente a los envíos de entrega rápida, como una de las formas de facilitación del comercio del capítulo 7, y no del 19 que nos ocupa. Por esta razón se habló mucho del comercio electrónico en las largas negociaciones para el nuevo tratado trilateral.

Entrando en materia

La estructura del capítulo 19, que no tiene origen en su antecesor TLCAN puesto que no se reguló nada de esa materia en aquel. Inicia con un apartado de definiciones en el artículo 19.1 de las que destacan, además de la de producto digital que se mencionó al inicio del

presente, la de Comunicación electrónica comercial no solicitada que conocemos como spam, especificando que para EE.UU. no quedan comprendidos aquí los mensajes electrónicos enviados para un propósito distinto al fin comercial o publicitario.

Igualmente está definido el término de firma electrónica utilizada para identificar al firmante en relación con el documento o mensaje electrónico e indicar que aprueba la información recogida en el documento o mensaje electrónico enviado, siendo que en el artículo 19.6 referente a su autenticación, que ninguna parte negará la validez legal de una firma por el simple hecho de que esté en forma electrónica, así como tampoco impedirán a las partes la oportunidad de probar ante las autoridades judiciales o administrativas, que su transacción cumple con cualquier requerimiento legal respecto a la autenticación o firmas electrónicas. Sin embargo, podrán exigir que, para una categoría determinada de transacciones, la firma electrónica o el método de autenticación cumpla con determinados estándares, de conformidad con su ordenamiento jurídico. Asimismo, las partes procurarán otorgar para efectos mercantiles el mismo valor a un documento físico que a uno presentado electrónicamente, para tener un comercio sin papel, *paperless*, como es recogido en el artículo 19.9.

A la par, es importante la definición de “algoritmo”, como una secuencia definida de pasos que se utilizan para resolver un problema u obtener un resultado, dado que actualmente los algoritmos intervienen directamente en la decisión que tomamos sobre la adquisición de mercancías u material noticioso o financiero que nos es desplegado en la plataforma digital que utilizamos, razón por la cual han sido integrados en el nuevo acuerdo.

Tratándose del campo de aplicación del capítulo que nos ocupa, el artículo 19.2 dispone que será en el ámbito del comercio por medios electrónicos entre las partes, quedando excluida la contratación pública.

Respecto al tema de aranceles aduaneros, el artículo 19.3 dispone que ninguna parte los podrá imponer, incluidas tarifas u otros cargos sobre la conexión, importación o exportación de productos digitales transmitidos electrónicamente, entre las personas de las partes, quedando a salvo la posibilidad de que los países puedan establecer impuestos internos por tales actos. Sobre el particular, habrá que recordar que para fines del primer semestre del presente año entrará en vigor la reforma al Impuesto al Valor Agregado (IVA) en materia de prestación de servicios digitales por residentes extranjeros sin establecimiento permanente en México, la cual grava dicha prestación de servicios y queda enmarcada en la excepción a que hicimos referencia.

También es importante mencionar que en el ámbito internacional el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de

la Economía Digital de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) no ha llegado a un consenso sobre cómo debe verificarse la tasación del intercambio de contenidos digitales.⁵

El artículo 19.4 reconoce el trato no discriminatorio que las partes deban otorgar respecto del producto digital creado, producido, publicado o puesto a disposición por primera vez en condiciones comerciales en el territorio de otra parte, obligándose a otorgarles el mismo trato que confiere a productos similares, entendiéndose por estos, cualquier producto similar de un tercer país que no sea parte del T-MEC.

Dentro de los compromisos asumidos por las partes, en el artículo 19.5, en la materia de legislación interna sobre transacciones digitales, establecieron que deberán ser acordes a la Ley Modelo de la CNUDMI⁶ 1996, la cual está vigente en nuestro país desde 2000.⁷ Si bien, dicho texto no se adoptó como ley especial, gran cantidad de sus disposiciones fueron incorporadas a la legislación nacional como en los Códigos de Comercio, Civil Federal y de Procedimientos Civiles, así como en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Queda establecida en el artículo 19.7 la importancia de adoptar y mantener medidas efectivas y transparentes para proteger a los consumidores de prácticas comerciales engañosas y fraudulentas, para limitar las comunicaciones electrónicas comerciales no solicitadas, así como adoptar un marco legal que disponga la protección de la información personal de los usuarios del comercio digital, pudiendo las partes en sus leyes nacionales de protección al consumidor, establecer la prohibición de dichas conductas en el ámbito civil o penal.

El artículo 19.12 dispone que, en el ámbito de fomento a las inversiones en la materia que tratamos, se dispone que ninguna parte podrá exigir a una persona cubierta usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio, entendiéndose que, por persona cubierta debemos asimilar, de acuerdo con el apartado de definiciones, tres conceptos diferentes:

- i) Una inversión en el territorio de una parte, de un inversionista de la otra parte, presente o futura.
- ii) Un nacional o una empresa de una parte, que pretende realizar, realice o haya realizado una inversión en el territorio de otra parte.
- iii) Una persona que suministra o pretende suministrar un servicio.

Buscando el libre flujo de bienes y servicios y respeto autor, quedó pactado en el artículo 19.16 que las partes, no podrán requerir a personas ubicadas en el territorio de las otras, el código fuente de los programas informáticos, o

bien, el algoritmo expresado en ese código fuente, como condición para la importación o comercialización en su territorio, de dichos programas o productos que los contengan. En otras palabras, se prohíbe para cualquiera de las partes pedir el acceso a los algoritmos que usan las plataformas digitales, a excepción de que lo haga una autoridad o un ente regulador para una investigación o procedimiento judicial específico.

Finalmente en materia de datos abiertos gubernamentales del dispositivo 19.18, quedó negociado que cuando una parte decida poner a disposición del público la información gubernamental, dicho país procurará asegurar que la información está en un formato abierto y legible por máquina, y pueda ser buscado, recuperado, utilizado, reutilizado y redistribuido y para los efectos de apoyar a las Micro y Pequeñas Empresas (MYPES), las partes procurarán cooperar para identificar las formas en que cada parte puede ampliar el acceso y el uso de la información gubernamental, incluidos los datos, que la parte haya hecho pública, con el fin de mejorar y generar oportunidades comerciales.

Como disposición transitoria se estableció en el Anexo 19-A que el apartado de los Servicios Informáticos Interactivos, definidos como el sistema o servicio que proporciona o habilita el acceso electrónico de múltiples usuarios a un servidor informático, respecto de México será obligatorio hasta tres años después de la entrada en vigor del Tratado.

El contenido obligacional a que nos referimos, contenido en el artículo 19.17, implica que ninguna parte adoptará o mantendrá medidas que traten a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por daños relacionados con la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, excepto en la medida en que el proveedor o usuario, total o parcialmente, haya creado o desarrollado la información, lo que no es otra cosa que el derecho de autor y la responsabilidad que tienen las plataformas y sitios de Internet frente a una denuncia de que ha sido violentado. ☞

1 También conocido como USMCA o CUSMA por sus siglas en inglés, según se trate para Estados Unidos de América o Canadá, respectivamente, es el tratado comercial firmado por México con dichos países que pretende sustituir -una vez que sea concluido su proceso de ratificación parlamentaria- al TLCAN o NAFTA, por sus siglas en inglés.

2 <https://expansion.mx/economia/2019/12/10/cambios-tmec-son-razonables-para-mexico-dice-jesus-seade>

3 <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465789/07ESPAdministracionAduaneraFacilitaciondelComercio.pdf>

4 <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465789/07ESPAdministracionAduaneraFacilitaciondelComercio.pdf>

5 <https://www.oecd.org/ctp/Action-1-Digital-Economy-ESP-Preliminary-version.pdf>

6 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

7 https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status