

Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 16

WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A
TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA
COMUNIDAD ANDINA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Hernández Martínez, William David

La formación del contrato a través de medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina / William David Hernández Martínez. — Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2012

324p. — (Serie documentos de investigación en Derecho, v. 16)
ISBN 978-958-8745-40-4

1. DERECHO COMERCIAL 2. CONTRATOS 3. COMERCIO ELECTRÓNICO – ASPECTOS LEGALES I. Título

346.022 ed.21

Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 16.

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Universidad Sergio Arboleda

©William David Hernández Martínez

william.hernandez@usa.edu.co

Teléfono: (571) 325 7500 ext. 2131

Primera edición: octubre de 2012

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio
sin previa autorización escrita del editor

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones
de la Universidad Sergio Arboleda

Calle 74 No. 14-14

Teléfono: (571) 3257500 ext. 2131

www.usergioarboleda.edu.co

Bogotá, D.C.

Director editorial:

Jaime Arturo Barahona Caicedo

jaime.barahona@usa.edu.co

Diseño y diagramación:

Jimmy F. Salcedo Sánchez

jimmy.salcedo@usa.edu.co

Impresión:

Digiprint

Bogotá, D.C.

ISBN: 978-958-8745-40-4

Contenido

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	11
1. CONTEXTO ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	17
1.1. La Globalización y el comercio electrónico	17
1.2. La contratación a través de medios electrónicos en el ámbito internacional	27
1.2.1 Ley Modelo de Comercio Electrónico.....	29
1.2.2. Ley Modelo de Firmas Electrónicas	33
1.2.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales	36
1.2.4. Otros esfuerzos internacionales.	44
1.2.4.1. Desde la perspectiva europea.	44
1.2.4.2. Desde la Cámara de Comercio Internacional.....	50
1.3. La contratación a través de medios electrónicos en la Comunidad Andina.	55
1.4. La contratación a través de medios electrónicos, una perspectiva nacional en los países de la CAN.....	68
1.4.1. Bolivia	72
1.4.2. Colombia.....	76
1.4.3. Ecuador.....	90
1.4.4. Perú	93
1.5. Conclusiones	97

II. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	103
2.1. Consideraciones previas.....	103
2.2. Principio de equivalencia funcional.	109
2.3. Principio de neutralidad tecnológica	125
2.3.1. Estados con normatividad claramente favorable a la FD....	127
2.3.2. Estado con normatividad abierta a la FE.....	129
2.3.3. Estado con disposiciones abiertas, pero que en su aplicación son favorables a la FD.	129
2.3.3.1. Interpretación restringida: el único equivalente de la firma manuscrita es la firma digital.	131
2.3.3.3. La posición de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil.	134
2.4. Principio de inalterabilidad del derecho vigente.....	137
2.5. Principio de autonomía de la voluntad privada	141
La autonomía de la voluntad privada en la Comunidad Andina.	145
2.6. Principios de consensualidad (libertad de forma) y buena fe.	155
2.7. Conclusiones	165
III. LA OFERTA.....	173
3.1. Consideraciones previas.....	173
3.2. La definición de la oferta.	178
3.3. El contenido de la oferta.	186
3.4. Momento a partir del cual la oferta surte efectos.	195
3.4.1. Las respuestas desde la normatividad de los países andinos	199
3.4.2. Las respuestas desde los instrumentos internacionales	202

3.4.3. El momento y lugar de envío y recepción de un mensaje de datos.....	204
3.5. Retiro y revocación de la oferta.....	210
3.5.1. Retiro de la oferta	211
3.5.2. Revocación de la oferta.....	213
3.6. Conclusiones	222
IV. LA ACEPTACIÓN	227
4.1. Consideraciones previas.....	227
4.2. Modos de la aceptación	231
4.2.1. Aceptación expresa.....	231
4.2.2. Aceptación tácita.....	236
4.3. Contenido de la aceptación.....	243
4.4. Efectos de la aceptación.....	247
4.4.1. Efectos en el tiempo. Momento de formación del contrato.....	247
4.4.2. Efectos en el espacio. Lugar de formación del contrato	253
4.5. Conclusiones	259
CONCLUSIONES FINALES.....	265
1. Instituciones completamente armónicas	266
2. Instituciones que requieren de armonización	269
3. Institución no armonizable.....	273
BIBLIOGRAFÍA	277
JURISPRUDENCIA	310
NORMATIVIDAD.....	316

ABREVIATURAS

AgDE	Agenda Digital para Europa
CAN	Comunidad Andina
CCB	Código Civil de Bolivia
CCC	Código Civil de Colombia
CCE	Código Civil de Ecuador
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCoB	Código de Comercio de Bolivia
CCoC	Código de Comercio de Colombia
CCoE	Código de Comercio de Ecuador
CCoP	Código de Comercio de Perú
CCP	Código Civil de Perú
CISG o CV80	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CUCEC	Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos
Documento de Lima	Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información
FE	Firma Electrónica
ICC eTerms 2004	Cláusulas Contractuales de la CCI para el Comercio Electrónico
LCEB	Proyecto de ley 080/2007
LCEC	Ley 527 de 1999.
LCEE	Ley No. 67 de 2002
LCEP	Ley 27291 de 2000.
LMCE	Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas
PAVP	Principio de Autonomía de la Voluntad Privada
PBF	Principio de Buena Fe
PEF	Principio de Equivalencia Funcional
PIDV	Principio de Inalterabilidad del Derecho Vigente
PNT	Principio de Neutralidad Tecnológica
Principios Unidroit o PCCI	Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit
URGETS	Reglas Uniformes y Guías para el Comercio y Pago Electrónico

Hoy, el lenguaje, en medio de su inmensidad,
se queda corto para expresar mi inmensa
gratitud con Dios y con mis padres;

Es insuficiente para agradecer el incansable
apoyo e inagotable amor de Karol Jimena,
mi compañera de vida;

Es exiguo para corresponder las enseñanzas y
la continua confianza de mi director...

Con todos, poseo una deuda inmensa...

INTRODUCCIÓN

Hablar sobre las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el mundo moderno es cada vez más frecuente y necesario. La constante innovación de los aspectos tecnológicos hace imperativo que el estudioso, cualquiera que sea su perspectiva, abandone la visión aislada e imperturbable de la realidad. El mundo de hoy, es un mundo globalizado, altamente interconectado y cambiante. El Estado, como elemento totalitario, ha ido perdiendo, de forma progresiva, soberanía y control sobre los asuntos. La economía, los negocios y hasta el medio ambiente, han dejado ser “*materia estatal*” para ser “*preocupaciones mundiales*”.

El hombre postmoderno ha variado los esquemas en los cuales se desarrolla, modificado sus preocupaciones y actualizado sus retos; razón por la cual ninguna de las ciencias puede dejar de adaptarse a tan incuestionable escenario. En la actualidad, estamos ante un nuevo concepto, nos enfrentamos a la existencia de un *hombre electrónico*.

Ante esta palmaria situación de cambio, no puede el derecho darse el lujo de estancarse. Por el contrario, debe, como lo exige la evolución, *adaptarse a un nuevo “ambiente”* y, solo así, poder continuar cumpliendo con su fin último: establecer las bases para la adecuada regulación de la vida en sociedad.

El mundo está, desde hace ya varias décadas, en crisis¹. Las TIC's han impactado la realidad, destruyendo paradigmas, generando una

1 El concepto de “crisis” ha de entenderse como momento decisivo o de cambio, más no en su sentido negativo de dificultad o enfermedad. Vid. UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. *La crisis de las fuentes del derecho en un mundo globalizado*. Foro Internacional. 24 de abril de 2008.

metamorfosis del comercio, propiciando la formación de nuevas instituciones y propiciando, a su turno, la aparición de novedosos conflictos.

Es evidente entonces que el *derecho* responde a la visión de un *sistema dinámico*², en la que el *agente jurídico*³ tiene un papel activo y propositivo, y en el cual se han de establecer de forma concertada los principios y respuestas que se han de dar a los problemas de índole mundial.

El objetivo general de la presente investigación es, entonces, identificar y establecer algunas bases para la armonización y/o unificación de la normatividad relativa a la formación del contrato electrónico en la Comunidad Andina, en el contexto de un Derecho Mercantil Internacional, irrigado por los procesos y corrientes de *descodificación, anacionalización y autorregulación*, a través de los cuales se “fracturan” las bases de los sistemas tradicionales, para dar cabida a las necesidades del *comerciante electrónico*.

En este sentido, la pregunta-problema que se formuló como eje o epicentro del estudio es: ¿Cuáles son los elementos jurídicos que favorecen la armonización normativa en relación con la formación del contrato electrónico en la Comunidad Andina? De acuerdo con lo anterior, la propuesta se concreta en el estudio de los elementos jurídicos respecto de la formación del contrato electrónico de mayor

2 Entiéndase por *sistemas jurídicos estáticos* aquellos en los cuales las fuentes formales del derecho se encuentran en reposo, pues son aplicadas de forma mecánica. Estos sistemas se representan como un “espejo de agua en reposo”, en los que no pasa nada. En oposición, los *sistemas jurídicos dinámicos* son aquellos en los que se asume la necesidad de “perturbar” los diferentes elementos que lo componen, que le permitan afrontar “casos difíciles” y generar soluciones que no se deriven de la aplicación mecánica. En los *sistemas jurídicos dinámicos* pretende que estos elementos nuevos irrigen u oxigenen el *status* tradicional.

3 La expresión *agente jurídico* se emplea para designar a los abogados, jueces, árbitros, investigadores, docentes, estudiantes, consultores y demás intervinientes en la vida jurídica, en la que éste, el interviniente, *produce o genera efectos*. En este sentido, la expresión se deriva del rechazo fehaciente a la expresión “operador jurídico”, en la que parece indicarse que todo en el derecho está dado y se aplica de forma mecánica.

relevancia, vistos tanto desde las perspectivas nacionales individuales de los países miembros de la CAN, como desde diferentes elementos internacionales de innegable referencia para América latina, como lo son: los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit (PCCI), la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), las Leyes Modelos sobre Comercio Electrónico y Firmas Digitales de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), la Directiva Europea sobre los Servicios de la Sociedad de la Información, entre otros.

El trabajo se soporta entonces no solo en la idea y la necesidad de armonizar y unificar los sistemas jurídicos latinoamericanos, sino en la ferviente convicción que estos procesos de armonización no pueden llevarse a cabo de forma “aislada” o “ajena” a los esfuerzos, corrientes y realidades internacionales. De ahí, la constante preocupación por articular las normas nacionales con los estándares de respuesta del derecho uniforme.

Con el presente trabajo se ponen de manifiesto algunos de los principales problemas y dificultades que dos fenómenos actuales suscitan en la región andina, la *armonización* y la *irrupción de las TIC's en la institución contractual*. En este sentido, se abordan no solamente discusiones sobre los elementos propios de los *problemas digitales*, sino que, adicionalmente, se aborda el debate sobre aspectos propios de la institución contractual en general.

Ahora bien, la hipótesis principal a partir del cual se formula la presente investigación es que aunque existen, entre la normatividad vigente en la CAN y los instrumentos internacionales, múltiples elementos armonizados, principalmente en torno a los aspectos digitales, son numerosos y de gran importancia los aspectos que son disímiles o heterogéneos en su tratamiento. Precisamente, a partir del

supuesto anterior, se busca identificar los aspectos de mayor diversidad, a efectos de facilitar los procesos de integración jurídica regional.

Desde el punto de vista metodológico, el estudio se soporta en la revisión de fuentes “documentales” (en el sentido amplio de la expresión) de carácter nacional e internacional. En primer lugar, se revisa el contexto actual del comercio electrónico, a nivel internacional, regional y nacional, con especial énfasis en la identificación de los esfuerzos supranacionales de armonización en la materia. Luego, se realiza un estudio sobre los *principios*, entendidos como aquellas formulaciones generales que se ha de procurar en una determinada materia, que sustentan la contratación electrónica, con una perspectiva crítica a la normatividad andina.

Así mismo, se aborda en los dos siguientes capítulos, el análisis comparativo (desde la perspectiva regional e internacional) de los aspectos más relevantes de la formación del contrato. En este punto, ha de destacarse que el proceso de formación del contrato se entiende de carácter *progresivo*, esto es, que se genera a partir del intercambio de manifestaciones de voluntad entre dos partes interesadas. Entonces, se parte de la base de estudiar la oferta y la aceptación como estandartes y fundamentos esenciales en la formación del contrato.

Adicionalmente, y con el fin de dotar de claridad las temáticas abordadas, se han incluido en el texto del estudio, diversas tablas comparativas de elaboración propia que pretenden, principalmente, “ayudar a ver” o “graficar” las eventuales similitudes y distorsiones existentes entre los diferentes “ordenamientos”.

Así mismo, es pertinente mencionar que la presente investigación fue perfilado y ajustado a partir de diferentes escenarios autorizados de debate y profundización, entre ellos, la publicación de un artículo

que recoge el estado del arte inicial del proyecto⁴ y el dialogo académico sobre el tema con el Prof. José Carlos Fernández Rozas, de la Universidad Complutense de Madrid⁵.

Finalmente, la investigación realizada se erige como un aporte a la construcción de eventuales escenarios de encuentro de los ordenamientos jurídicos andinos frente a los instrumentos internacionales. En este sentido, no es una labor agotada. Por el contrario, se proyecta como una propuesta para la discusión de los diferentes y, seguramente, más autorizados estudiosos de la materia, con la mira puesta en la construcción, consensuada y razonable, de una normatividad latinoamericana uniforme, como pilar fundamental de la región que le permitirá afrontar, en mejor forma, la nueva realidad negocial.

Bogotá D.C., noviembre de 2011

4 El artículo en mención, fue publicado por la Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas (en su momento, indexada en Colciencias en categoría C), de la Universidad Sergio Arboleda, con el título: *“La contratación por medios electrónicos en el marco de la Comunidad Andina. Estado del arte”*. (Enero – Junio, 2009).

5 Este dialogo académico se realizó como parte de las actividades desarrolladas con ocasión de la Beca otorgada por el DAAD, a partir de la invitación formulada por los Profs. Stefan Leible (U. de Bayreuth) y Gerald Spindler (U. de Göttingen), otorgada a un grupo de estudiantes (pregrado y maestría), incluido el autor de esta tesis, del Grupo de Investigación Globalización y Derecho (hoy Grupo de Investigación en Derecho Privado-USA, COL0036339, Cat. B/2010), con el acompañamiento del Dr. José Hernán Muriel Ciceri y el apoyo de la Universidad Sergio Arboleda.

1. CONTEXTO ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1.1. La Globalización y el comercio electrónico

Los diferentes efectos de la globalización son, en la actualidad, el principal objeto de estudio en los distintos ámbitos de la vida en sociedad. La globalización puede entenderse como el fenómeno o el proceso con vocación de convertir las actividades o aspiraciones en asuntos de alcance mundial¹, es decir, es la “*pérdida progresiva de la naturaleza estatal o nacional*”² de asuntos económicos, políticos, jurídicos, financieros, culturales, entre otros. En este mismo sentido, la globalización puede ser entendida como el proceso, históricamente nuevo, según el cual “las actividades decisivas en un ámbito de acción determinado funcionan como unidad en tiempo real en el conjunto del planeta”³.

- 1 Así lo referencia: CHANDA, N. ¿Qué es la Globalización? Yale Global Online. 2002. Disponible en línea. Yale Global Online: <http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=5852> [06.08.2011]. RICHARD, por su parte, plantea que la Globalización es: “*en general una suerte de planetización o universalización de conocimiento, de conductas, de comportamientos, de técnicas, con facetas particulares en cuanto a que se especifique a que campo se refiere la globalización*”. RICHARD, E. H. *Globalización económica y lex mercatoria*. Congreso Internacional “Los desafíos del derecho frente al siglo XXI”. Universidad Central de Chile. Santiago de Chile, 26 al 30 de agosto de 2002. Disponible en línea. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artglobalizaacioneconomicalexmercatoria> [06.08.2011]. En igual sentido: Vid. TOMASSINI, L. *Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina*. Washington. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. 1996. Disponible en línea: <http://www.iadb.org/sds/doc/sgc-TOMASSINI-S.pdf> [06.08.2011].
- 2 DE MIGUEL ASENSIO, P. *Algunas tendencias jurídicas de la globalización*. Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad. Colección Escuela Diplomática. No. 7. Madrid. 2003. Pp. 49.
- 3 RODRÍGUEZ ALEMÁN, R. *El empoderamiento de las mujeres del sur en la Red: Realidad o Quimera*. En AA.VV. AGUIAR PERERA, M.V., FARRAY CUEVAS J.I. (Cord.) Sociedad de la Información, educación para la paz y equidad de género. NetBiblo. 2007. Disponible en línea: http://books.google.com.co/books?id=QKn9ZtZUOWIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false [20.08.2011]. Pág. 204; CASTELLS, M.

Para CARRASCOSA GONZÁLEZ, la globalización está conformada por dos grandes estructuras o pilares. El primer elemento fundamental es la eliminación de barreras económico – políticas a la libre circulación de factores productivos⁴ y, la segunda, es el desarrollo sin precedentes de las comunicaciones y de las telecomunicaciones, lo cual permite un desplazamiento fluido de personas, información y de modelos culturales y sociales por todo el mundo⁵.

¿Hacia el Estado Red? Ponencia presentada en el Seminario sobre “*Sociedad y reforma del Estado*”, organizado por el Ministerio de Administracao Federal e Reforma Do Estado, República Federativa do Brasil. Marzo 1998. Disponible en línea: http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/CASTELLS.PDF [10.08.2011]

- 4 Como ejemplo de la tendencia a la eliminación de barreras económicas, es posible citar los diferentes tratados de protección y promoción de inversiones firmados por la República de Colombia, tales como:

Ley 1464 de 2011. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del **Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte** y la República de Colombia”, elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010, y el “Entendimiento sobre el Trato Justo y Equitativo en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia”, firmado por los jefes negociadores de ambas partes y anexada a las minutas de la última ronda de negociaciones en Londres, el 19 de mayo de 2009.

Ley 1462 de 2011. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la **República Popular China**”, firmado en Lima, Perú, el 22 de noviembre de 2008.

Ley 1449 de 2011. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre la República de Colombia y la **República de la India**”, firmado en la ciudad de Nueva Delhi el día 10 del mes de noviembre de 2009.

Ley 1342 de 2009. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo entre el Gobierno de la **República del Perú** y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, hecho y firmado en Lima, el 11 de diciembre de 2007.

Ley 1198 de 2008. Por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre la República de Colombia y la **Confederación Suiza** sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones y su protocolo”, hechos en Berna, Suiza, el 17 de mayo de 2006.

Ley 437 de 1998. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y el **Reino de España**”, suscrito en Santafé de Bogotá D. C., el 9 de junio de 1995.

Cfr. MORENO ORTIZ, L.J. *El riesgo constitucional en los negocios*. Artículo presentado en el marco de la conferencia “*Aspectos actuales del Derecho Privado*” en el programa de Doctorado en derecho de la Universidad Sergio Arboleda. 2011. [trabajo inédito]. Pág. 2.

- 5 *Cfr.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI. En: *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. No. 22. 2004. Disponible en línea: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/80941> [20.08.2011]

Así las cosas, son las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) el medio o vehículo que ha permitido el vertiginoso crecimiento de la globalización y de sus efectos⁶. Las TIC's se erigen como un instrumento eficaz para acrecentar la productividad, generar crecimiento económico, crear empleos, promover la construcción de lazos entre las naciones, así como mejorar la calidad de vida de las personas. La gran virtud de las TIC's radica en su capacidad para minimizar o eliminar los obstáculos tradicionales, como lo son el tiempo y la distancia⁷.

Las TIC'S han demostrado su imparable impacto en la destrucción de paradigmas, en la transformación del comercio de todo tipo, han propiciado la creación de nuevas categorías e instituciones y generado, también, la aparición de novedosos conflictos. Ahora bien, el “comercio electrónico” (también CE)⁸ es el término en el

6 Para SÁNCHEZ TORRES, la globalización es un fenómeno anterior a las TIC's, en el entendido que las transformaciones económicas y sociales se desprenden de un proceso paralelo a la creación de diversos organismos multilaterales, entre ellos, la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU); el sistema monetario internacional en la Conferencia de Bretton Woods en julio de 1944; el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo y demás organismos internacionales que articulan la cooperación entre las naciones. *Cfr.* SÁNCHEZ TORRES, C.A. El estado constitucional en la globalización: garantía de derechos, ciudadanía y mercado en el contexto actual de reformas al estado. Memorias 6. RED Grupos y Centros de Investigación socio jurídica. Disponible en línea: http://www.redsociojuridica.org/estado_globalizacion.htm [13.08.2011].

7 En este aspecto, se destaca el innovador Foro Electrónico de Accionistas, creado por el art. 528 del Real Decreto Legislativo 1 de 2 de julio de 2010 (Ley de Sociedades de Capital). Al respecto, FERNÁNDEZ PÉREZ describe el Foro Electrónico de Accionistas como un vehículo de comunicación entre personas accionistas que quieren relacionarse con otros accionistas, en el cual se pueden publicar propuestas que pretendan presentarse como complemento del orden del día anunciado en la convocatoria, solicitudes de adhesión a tales propuestas, iniciativas para alcanzar el porcentaje suficiente para ejercer un derecho de minoría previsto en la ley, así como ofertas o peticiones de representación voluntaria. FERNÁNDEZ PÉREZ, N. *Art. 528. Instrumentos especiales de información*. En AAVV. Comentario de la Ley de Sociedades de Capital. Rojo, A.; Beltrán, E. Thomson Reuters. Civitas. 2011. Págs. 3413.

8 ORDUZ MEDINA señala que en el comercio electrónico actual convergen tres diferentes fenómenos a saber: i) el internet móvil, ii) la computación en la nube y, iii) las redes sociales. En este sentido, el comercio electrónico no se restringe a la transacción de compra o venta en internet, sino que existe un verdadero

cual se agrupan el conjunto de transacciones comerciales realizadas o basadas en sistemas electrónicos de procesamiento y transmisión de información⁹, derivadas de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) a la gestión empresarial contemporánea¹⁰.

“ecosistema del comercio electrónico” Sin embargo, existen retos grandes desde la perspectiva empresarial, principalmente, pues solo el 7% de las MIPYMES en Colombia poseen conexión a Internet. ORDUZ MEDINA, R. *El comercio electrónico en cifras*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 30 de noviembre de 2011. Vid. Al respecto, el Documento CONPES 3620 señala que: “A pesar de lo anterior, las cifras de usos y aprovechamiento en Colombia y su comparación con otros países de América Latina podrían ser mejores. De acuerdo con el DANE, en el 2008 en Colombia sólo el 10,9% de los usuarios de Internet lo utilizaron para realizar banca electrónica, el 5,9% para comprar bienes y servicios y el 3,2% para transacciones con el Gobierno, lo cual es relativamente bajo comparado con Brasil, líder actual de la región”. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia*. Documento CONPES 3620. 9 de Noviembre de 2009. Disponible en línea: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Dq41vHb2cFI%3D&tabid=907> [1.12.2011]

- 9 REMOLINA ANGARITA, N. Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica. Universidad de los Andes. 2006. Disponible en línea: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf> [12.08.2011]. Pág. 2.
- 10 El literal b) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, publicada el 21 de agosto de 1999 en el Diario Oficial No. 43.673, expone que el comercio electrónico comprende las “cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar”. A su turno, en Colombia, el Art. 49 de la Ley 1480 de 2011 expone que: “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1, inciso b) de la Ley 527 de 1999, se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y 105 consumidores para la comercialización de productos y servicios”. Ver también: SANDOVAL LÓPEZ, R. *Derecho del comercio electrónico*. Editorial jurídica de Chile. 2003. Págs. 15 a 20; LORENZETTI, R.L. Comercio Electrónico. En AA.VV. *El comercio electrónico. La teoría general*. Temis y ARA Ediciones. 2003. Pág. 68 a 69. RINCÓN CÁRDENAS, E. Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. *Revista de Estudios socio-jurídicos*. 2004. Disponible en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360215>. [13.08.2011]; Sobre la noción y antecedentes del concepto de “comercio electrónico”: RINCÓN CÁRDENAS, E. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Universidad del Rosario. 2006; RINCÓN CÁRDENAS, E. *Contratación electrónica*. Universidad del Rosario. 2006.

DE MIGUEL ASENSIO¹¹, caracteriza el Internet¹², entre otros aspectos, por ser un fenómeno: i) de alcance mundial y abierto, ii) descentralizado, iii) con alta interactividad de sus servicios, iv) de creciente complejidad, v) que favorece la autorregulación e implementación de mecanismos de creación de normas de alcance transnacional y estándares internacionales, vi) de progresivo tratamiento normativo por instituciones regionales e internacionales, vii) de rápida evolución tecnológica, viii) con tendencia a difuminar las fronteras geopolíticas, ix) que presenta incertidumbres respecto a la precisión del régimen jurídico de las actividades desarrolladas en este medio y, x) de indeterminación de los órganos competentes para conocer de las eventuales controversias, la cual se extiende a la eficacia transfronteriza de sus decisiones y heterogeneidad de usuarios.

Para GÓMEZ SEGADÉ¹³, caracterizar al comercio electrónico como la realización electrónica de transacciones comerciales no representa novedad y mucho menos modernidad, pues desde hace ya más de veinticinco años las entidades financieras realizan intercambios de información por medios electrónicos, en lo que el autor denomina el comercio electrónico embrionario (limitado a las relaciones B2B, esto es entre empresarios)¹⁴.

11 *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho privado de internet*, 3ª. Ed, Madrid, Civitas, 2002; Chillón Medina, J. Ma. *El derecho ante Internet y la sociedad de la información*, en Derecho Internacional de los negocios, Alcances, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, Págs. 37-67.

12 Es pertinente aclarar que Internet, es tan solo una de las manifestaciones de las TIC's. No obstante, es una de las más extendidas y empleadas en la celebración de contratos.

13 GÓMEZ SEGADÉ, J.A. Comercio Electrónico en Internet. En AA.VV. *El comercio electrónico en la sociedad de la información*. Marcial Pons. 2001. Pág. 25 a 28.

14 DAVARA Y DAVARA explican que para clasificar el comercio electrónico desde la perspectiva de la calidad de sus intervinientes, es posible identificar tres tipos de actores [Administración o Estado (A); Empresas (B) y consumidor (C)] que desarrollan seis tipos de comercio, a saber: A2A [Estado - Estado], A2B [Estado - Empresas], A2C [Estado - Consumidor], B2B [Empresa - Empresa], B2C [Empresa - Consumidor] y C2C [Consumidor - Consumidor]. DAVARA Y DAVARA. Comercio electrónico. 3ª edición. Navarra. Thompson Aranzadi. 2004.

Por el contrario, continúa el autor, lo característico del comercio electrónico moderno es la existencia de una infraestructura mundial de tecnologías que permite la vinculación a la red de múltiples actores, lo que permite un ambiente fluido y altamente variado, pues permite tanto la realización de transacciones comerciales, como el desarrollo de actividades anteriores o posteriores al negocio jurídico, tales como la publicidad, la búsqueda de información, la oferta, la atención post-venta, entre otras.

En este marco del comercio electrónico¹⁵, los comerciantes han encontrado nuevos medios y nuevos objetos o bienes para sus relaciones comerciales. MADRID PARRA diferencia estas dos nuevas categorías contractuales (contratos a través de medios electrónicos¹⁶ y contratos informáticos). Los primeros hacen referencia a los acuerdos en los cuales se emplean sistemas electrónicos de procedimiento y transmisión de información para celebrar, e incluso ejecutar, el contrato sea cual sea el tipo de contrato y el objeto del mismo¹⁷, mientras, los segundos, son aquellos negocios cuyo objeto hace referencia a productos y/o servicios

15 Para VIDAL PORTABALES, de la definición de contratación electrónica incorporada en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información, se extraen dos características: i) son contratos a distancia, caracterizados porque no hay presencia física simultánea de las partes y, ii) son contratos concluidos a través de redes telemáticas. VIDAL PORTABALES, J.I. *Sociedad de la Información y empresa*. Granada. Comares. 2011. Pág. 29.

16 Es generalizada la referencia con la que, en diferentes ámbitos, se emplea la expresión “contratos electrónicos” siendo ésta, terminológicamente inapropiada en tanto, en este tipo de contratos, los medios electrónicos no son sino un medio o instrumento a través del cual “viaja” o se expresa la voluntad de la parte contratante. Es así como, en realidad, no se tratan de contratos cuyo objeto o finalidad necesariamente sea un medio electrónico, sino que éstos son el “vehículo” en el cual se crean u originan.

17 En igual sentido: SANDOVAL LÓPEZ, R. *Derecho del comercio electrónico*. Editorial jurídica de Chile. 2003. Págs. 15 a 20; LORENZETTI, R.L. Comercio Electrónico. En AA.VV. *El comercio electrónico. La teoría general*). Temis y ARA Ediciones. 2003. Págs. 68 a 69; REMOLINA ANGARITA, N. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Universidad de los Andes. 2006. Disponible en línea: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf>. [13.08.2011].

Es preciso destacar que la Ley 527 de 1999 no incorpora una definición expresa respecto de lo que ha de entenderse por contrato electrónico.

informáticos, sin importar la forma de celebración del mismo¹⁸. Como se evidencia, es el medio que se emplee el elemento que caracteriza a la categoría de contratos electrónicos, sin que sea el Internet la única de las alternativas¹⁹. En este sentido, los contratos electrónicos ya existían, incluso antes de la difusión de Internet²⁰.

Ahora bien, para el Derecho, estos fenómenos actuales (las TIC's, la globalización y el comercio electrónico) constituyen una responsabilidad ineludible en el marco de su función reguladora de la vida en sociedad encaminada al mantenimiento de la convivencia al interior de la sociedad.

En otras palabras, la Sociedad de la Información actual²¹ no puede ser ajena al derecho, ya que así como no se concibe una vida social

18 MADRID PARRA, A. Los contratos electrónicos y los contratos informáticos. Memorias. II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Colegio de Abogados Comercialistas. Bogotá D.C. 2010. Págs. 188

19 En este sentido, ESPINOSA QUINTERO sostiene que la categoría de contratos a través de medios electrónicos está directamente relacionada con el medio de comunicación que se emplee, no necesariamente Internet, es el que influye en la categoría denominada como contrato electrónico. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2008. Págs. 59.

En igual sentido, DE MIGUEL ASENSIO indica que "(...) un nuevo soporte y medio de emisión de declaraciones de voluntad negociales que no menoscaba la continuidad en lo sustancial del Derecho privado preexistente». DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho privado de internet*, 3ª. Ed, Madrid, Civitas, 2002. Págs. 334.

20 El profesor VEIGA COPO, llama la atención de como en la moderna contratación del seguro, lo manuscrito ha dado paso a lo mecanografiado, este a lo impreso y ahora a lo informatizado y la incidencia de los acuerdos o pactos individuales, orales o escritos, frente a las cláusulas generales. Cfr. VEIGA COPO, A. *La interpretación judicial de las condiciones del contrato de seguro*. Documento facilitado por correo electrónico para las conferencias a cargo del profesor VEIGA, como profesor visitante, en la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Programa Derecho Mercantil, Bogotá D.C., diciembre 15-16 de 2006. P. 43.

21 KARVALICS indica que el término "Sociedad de la información" es usado para describir la etapa más reciente de la historia social, sin que ninguna de las definiciones revele el auténtico sentido y alcance de la sociedad de la información. Ahora bien, desde el siglo XX, los países más desarrollados han entrado gradualmente en el estado de la sociedad de la información y se espera que en cuestión de unas décadas la mayoría de la población mundial estará viviendo y trabajando en una sociedad de la información global. Cfr. NETWORK FOR TEACHING INFORMATION SOCIETY [NET-IS]. *Information Society from theory to*

sin derecho, no es aceptable el desarrollo de las nuevas tecnologías sin regulación.

Así las cosas, el derecho está llamado a ofrecer escenarios de seguridad, validez y eficacia jurídica a este “nuevo” tipo de actuaciones y, de esta forma, propiciar el cumplimiento de las declaraciones o finalidades de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información²².

Ahora bien, estos fenómenos internacionales han suscitado al interior de los Estados la necesidad de establecer marcos normativos amplios, manteniendo la tendencia de la *lex mercatoria moderna*, en donde el orden jurídico insta a la autorregulación y se caracteriza por su “anacionalidad”²³, esto es, por la posibilidad de los agentes del

political practice. Gondolat Kiadó. 2008. Disponible en línea: http://www.ittk.hu/netis/doc/NETIS_Course_Book_English.pdf [12.08.2011]. Pág. 45 - 46. Sobre el concepto de “Sociedad de la Información”, ver también: REUSSER MONSÁLVEZ, C. P. ¿Qué es la Sociedad de la Información? *Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. 2003. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1307> [10.08.2011]; MATTELART, A. *Historia de la sociedad de la información*. Nueva edición. Paidós Ibérica. 2007. Disponible en línea: http://books.google.es/books?id=L1oG4tA6L4QC&printsec=frontcover&source=gb_sge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false [10.08.2011];

22 La CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (CMSI) se desarrolló en dos fases. La primera, tuvo lugar en Ginebra los días 10 al 12 de diciembre de 2003 y, **la segunda de ellas, en Túnez los días 16 al 18 de noviembre de 2005**. En cada fase, se profirió una Declaración de Principios, así como un plan de acción de la Sociedad de la Información. Actualmente, la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo (CCTD) de la Organización de las Naciones Unidas es el centro de coordinación en el seguimiento de la CMSI a nivel de todo el sistema.

Ahora bien, en la Declaración de Principios de Túnez 2005, el mundo declaró su compromiso para aprovechar las capacidades y el potencial de las TIC por medio de la promoción y el fortalecimiento de la cooperación a nivel nacional, regional e internacional, así como, garantizar que todos se beneficien de las oportunidades que puedan brindar las TIC, recordando que los gobiernos y también el sector privado, la sociedad civil, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales deben colaborar para acrecentar el acceso a la infraestructura y las tecnologías de la información y la comunicación, así como a la información y al conocimiento, crear capacidades, incrementar la confianza y la seguridad en cuanto a la utilización de las TIC y alentar la cooperación internacional y regional. *Cfr.* CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. Compromiso de Túnez. Organización de Naciones Unidas. 2006. Disponible en línea: <http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html> [13.08.2011]

23 Sobre el concepto de “anacionalidad”: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Derecho de los Negocios internacionales. En AA.VV. *Derecho de los negocios internacionales*. Iustel, 2007. Págs. 57

comercio internacional de reemplazar la ley por el contrato²⁴, el juez por el arbitraje²⁵. Bajo el anterior supuesto, esto es, el comercio electrónico como una expresión de la *moderna lex mercatoria*, las reglas de derecho aplicable a las diferentes relaciones o vínculos jurídicos surgen de los mismos comerciantes quienes a través de sus usos y prácticas ya han comenzado a crear costumbres.

ESPINOSA QUINTERO resalta que los marcos regulatorios de las TIC's no pretenden modificar los esquemas contractuales clásicos, sino que buscan el reconocimiento legal de la validez jurídica de los nuevos medios de identificación y expresión de la voluntad²⁶. Así pues, se trata de conciliar el sistema jurídico de la era analógica con el de la era digital, algo similar a la conciliación entre la “libertad de los antiguos”

a 58; Fernández Rozas, J.C. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Consejo General del Notariado. 2004, Págs. 95 a 96; ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, M.P. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Universidad Carlos III. Madrid. Ramón Areces. 2003.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Revista del colegio de Notarios del Estado de México*. 2000.

24 Para GALGANO, las concepciones clásicas del derecho no ubican al contrato entre las fuentes normativas. Sin embargo, continuar concibiendo el contrato como mera aplicación del derecho, y no como una fuente del nuevo derecho, implica no comprender de qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo. “*Las diversas autodisciplinas contractuales, a las que la ley hace referencia cada vez con mayor frecuencia, defienden una serie importante de intereses generales. Éste es el caso de los códigos de comportamiento, o deontológicos, redactados por asociaciones de categorías o por sociedades de gestión de mercados reglamentados, receptados por el nuevo artículo 2387 del código civil (italiano)*”. GALGANO, F. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culcioni. 2005. Págs. 105 a 115. De igual forma, el artículo 2387 del nuevo Código Civil Italiano, en su parte pertinente, expresa que los estatutos (de la sociedad anónima) podrán formular las exigencias de honorabilidad, profesionalidad y la independencia del administrador para la celebración de contratos, también, con referencia a estos requisitos, podrá resguardarse en los códigos de conducta elaborados por asociaciones comerciales o por las sociedades de gestión de los mercados regulados. “*Lo statuto può subordinare l’assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati*”.

25 Vid. REY, P.; GONZÁLEZ, T. *El arbitraje y las nuevas tecnologías*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

26 En este mismo sentido: MADRID PARRA, A. *Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas*. En AA.VV El contrato por medios electrónicos. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003. Pág. 35.

con la “libertad de los modernos” a que se refiriera el profesor ELOY GARCÍA, comentando la obra de POCOCK²⁷

Los contratos electrónicos son una realidad, una realidad cambiante y cuyas variaciones y ramificaciones no dejan de sorprender a los legisladores²⁸. Esta realidad ha obligado a releer los aspectos medulares del régimen jurídico de los contratos, con el fin de adaptarlos o ajustarlos. Los aspectos relativos a la formación, perfeccionamiento, ejecución y cumplimiento del contrato por medios electrónicos, demandan de los agentes la estructuración de nuevos preceptos que entreguen un nuevo marco de interacción entre tecnología y derecho.

En este contexto es precisa la conciliación o armonización entre el derecho preexistente y la realidad, en la cual se relativiza la concepción de tiempo, lugar, rapidez, permanencia, inalterabilidad, interrelación, entre otros. Las TIC's están dotadas de un sinnúmero de influencias y efectos, frente a los cuales se han ido formulando diversos esfuerzos a nivel internacional, regional y nacional. Indudablemente, emerge entre una multitud de ordenamientos jurídicos locales, que encuentran en las TIC's la oportunidad de unificar el lenguaje contractual.

A continuación, se procederá al estudio de los aspectos y elementos más relevantes en relación con la contratación electrónica en los diferentes ámbitos de aplicación relacionados con el objeto del presente trabajo, en primer lugar, un acercamiento al contexto internacional para luego, descender a analizar los esfuerzos del orden regional (en concreto respecto de la Comunidad Andina) y, finalmente, en el terreno estrictamente nacional de los países de referencia.

27 GARCÍA LÓPEZ, E. *Prólogo a la traducción al español* de: POCOCK, J.G.A. El momento maquiavélico: El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica. Madrid. Tecnos. 2008.

28 *Vid.* CANO MARTÍNEZ, J. J. *Evolución y retos emergentes para la próxima década*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

1.2. La contratación a través de medios electrónicos en el ámbito internacional

La formulación de políticas y normas respecto del *e-business*²⁹ acusa una gran variedad de problemas, entre los cuales se pueden señalar la indeterminación geográfica de las partes, la desconfianza del usuario en las transacciones, la falta de protección del consumidor, entre otros³⁰.

En torno a estos interrogantes, se destaca la necesidad de poseer estándares básicos que doten de plena validez a los actos, contratos y negocios que surgen en torno de las TIC's a nivel mundial y, en consecuencia, a proyectar sobre los actores la seguridad jurídica³¹

29 Para los efectos del presente estudio, las expresiones *e-business* y *e-commerce* son equivalentes al término comercio electrónico.

30 IRIARTE AHON, E. *Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas*. Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe. 18 de octubre de 2006. Disponible en línea: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico-1.pdf [14.08.2011]

31 Sobre la seguridad jurídica, se han planteado diversas definiciones que se encuentran altamente ligadas a la línea de pensamiento de cada autor o filósofo del Derecho. Por ejemplo, para RADBRUCH, la seguridad jurídica es conferida por el Derecho mismo, al garantizar la vida y bienes de las personas, siempre que se sujete a cuatro condiciones, a saber: i) que el Derecho se halle estatuido en leyes; ii) que el Derecho se base en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez; iii) que los hechos en que se basa el Derecho sean practicables y, iv) finalmente, el Derecho no debe hallarse expuesto a cambios demasiados frecuentes. Es evidente, que la definición de “seguridad jurídica”, formulada por el autor reseñado, está relacionada con una tendencia marcadamente formalista del Derecho. RADBRUCH, G. *Introducción a la filosofía del derecho*. México D.F. Fondo de cultura económica. 1947 [Disponible en línea: http://books.google.es/books?id=ySRP_YTemq4C&pg=PA40&sig=ACfU3U3HfKM3jXjiwhwb]. Pág. 40. Para KELSEN, el principio de seguridad jurídica deriva en la previsibilidad de las decisiones de los tribunales, que sirve a los destinatarios del derecho para orientar su comportamiento. KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Porrúa. 1995. Pág. 260. En este mismo sentido: CIFUENTES MUÑOZ, MARTÍNEZ CABALLERO Y NARANJO MESA sostuvieron, al estudiar la obligatoriedad del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, que: “Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que, “dicho en términos kantianos, el buen juez sería aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”. CIFUENTES MUÑOZ, E.; MARTÍNEZ CABALLERO, A.; NARANJO MESA, V. Aclaración de Voto. Sentencia C-194 de

1995. Corte Constitucional. En la cual se estudia la exequibilidad de los artículos 45 -parcial- 47, 95 -parcial- y 96 -parcial- de la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, para la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, el principio de seguridad jurídica implica, entre otras formas o efectos, la confianza del conglomerado social en lo resuelto, sin que surjan nuevas acciones que provoquen la indefinida reanudación de procesos. Al respecto, en sostiene en sentencia **C-543 de 1992 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo)** que el principio de la seguridad jurídica reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. A su turno, en sentencia **SU-014 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez)**, contempla la seguridad jurídica como el orden justo el cual no se logra con la mera tramitación de procesos sin violación del debido proceso o al dictarse sentencias que respeten la Carta. El orden justo, explica la Corte, es aquel en el cual los derechos fundamentales de los ciudadanos son respetados por todas las autoridades del país. Finalmente, en sentencias **T-502 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett)** y **T-619 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)**, sostiene que la seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones, que en términos generales supone una garantía de certeza.

Desde otro punto de vista, la CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA incorpora en su texto diferentes referencias a la seguridad jurídica, de entre las cuales se resaltan: el Art. 178. I. en el cual se indica que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, **seguridad jurídica**, entre otros. A su turno, los Artículos 306 y 311.5 explican que el modelo económico boliviano es plural y articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, **seguridad jurídica**, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

A su turno, en el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de la República del Perú, los magistrados MESÍA RAMÍREZ, ÁLVAREZ MIRANDA Y ETO CRUZ han sostenido que: “De acuerdo con ello, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales que han adquirido la autoridad de cosa juzgada constituye un límite de actuación para los órganos del Poder Judicial y de la Administración Pública, en tanto les prohíbe que puedan modificar la *ratio decidendi* o los términos de ejecución de las resoluciones judiciales que han adquirido la autoridad de cosa juzgada o que puedan tergiversar sus términos o interpretarlos en forma maliciosa, parcializada o carente de razonabilidad, garantizando así la eficacia del principio de seguridad jurídica”. MESÍA RAMÍREZ, ÁLVAREZ MIRANDA Y ETO CRUZ. Voto singular en sentencia. Exp. 04247-2010-PA/TC. Tribunal Constitucional. 2010. Disponible en línea: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04247-2010-AA.html> [20.08.2011].

Desde otra perspectiva, CALDERÓN VILLEGAS plantea que el ordenamiento jurídico colombiano ha vivido un proceso de constitucionalización del derecho privado (llegando incluso a que sea muy difícil e incluso imposible definir qué asunto es exclusivamente de derecho privado) a tal punto que la interpretación que de la Constitución y los Derechos Humanos y fundamentales que hace la Corte Constitucional, incide en la configuración, planeación y ejecución de las instituciones contractuales. Así las cosas, podría incluso pensarse en la existencia, dentro de todo proceso contractual, de un *riesgo* de interpretación constitucional, que impondrá, a la parte fuerte de la relación, prestaciones obligatorias a las que nunca pensó obligarse (o a las que incluso

necesaria en este tipo de transacciones, a veces denominada *lex retialis*³².

1.2.1 Ley Modelo de Comercio Electrónico

El primero de los antecedentes en este sentido, es la denominada “Ley Modelo de Comercio Electrónico” (En adelante LMCE) formulada por la COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL³³ (CNUDMI o UNCITRAL por su sigla en inglés)³⁴, y que tiene por objeto ofrecer un conjunto de reglas internacionalmente aceptables que puedan ser empleadas por los Estados para superar los obstáculos e incertidumbres jurídicas que existan en relación con el uso de los medios de comunicación electrónicos en el comercio internacional.

Desde su expedición, el primero de enero de 1996, la ley modelo sobre comercio electrónico ha tenido amplia acogida³⁵, no sólo en

explícitamente renuncio). Cfr. CALDERÓN VILLEGAS, J.J. *la constitucionalización del derecho privado*. Bogotá. Universidad de los Andes. 2011.

- 32 El concepto de “*lex retialis*” es apropiado de OLIVERA quien lo utiliza como recurso metodológico para hacer referencia al nuevo derecho de carácter global (“ley de la red”), que al estilo de la *lex mercatoria*, busca el ordenamiento de la Sociedad de la Información. OLIVERA, N. En busca de la *lex retialis*. *Revista de derecho informático Alfa-Redi*. febrero de 2008. Disponible en línea: www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10130 [20.08.2011]. De igual forma: Vid. GRUN, E. *Una Visión sistémica y Cibernética del Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1995.
- 33 Sobre la labor de CNUDMI/UNCITRAL en el proceso de armonización y/o unificación del derecho del comercio internacional: Vid. ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P. El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática. En AAVV. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pág. 27 y sigs.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho de los Negocios Internacionales*. En AAVV. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Justel. 2008.
- 34 El Grupo de trabajo IV de la COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI o UNCITRAL) encargado específicamente de los aspectos relativos al comercio electrónico ha realizado diversas sesiones de trabajo, de las cuales han publicado diferentes evidencias y documentos de estudio disponibles en: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic Commerce.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic%20Commerce.html) [20.08.2011]
- 35 Según la información publicada en la página web de la COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, los siguientes son los países que han

los diversos documentos que se han generado sobre aproximación del derecho civil y mercantil, en especial en el ámbito contractual, sino además en los ordenamientos jurídicos internos que, como el colombiano, la acogió prácticamente en su integridad, mediante la ya citada Ley 527 de 1999³⁶.

incorporado la Ley Modelo de Comercio Electrónico o han desarrollado una legislación inspirada en la misma: Australia; Bahrein; Brunei Darussalam; Cabo Verde; Canadá (12 estados nacionales); China; Colombia; Ecuador; Emiratos Árabes Unidos; Eslovenia; Estados Unidos de América (48 estados nacionales); Fiji; Filipinas; Francia; Ghana; Guatemala; India; Irán (República Islámica del); Irlanda; Jamaica; Jordania; Mauricio; México; Nueva Zelandia; Pakistán; Panamá; Paraguay; Qatar; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; República de Corea; República Dominicana; Rwanda; Samoa; Singapur; Sri Lanka; Sudáfrica; Tailandia; Vanuatu; Venezuela (República Bolivariana de); Vietnam y Zambia.

- 36 Para una completa referencia, desde la perspectiva colombiana, acerca del papel de CNUDMI en los aspectos del comercio electrónico, en: ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2008; IRIARTE AHON, E. Informe sobre Comercio electrónico en América Latina. *Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe*. 2003. Disponible en línea: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico.doc [21.08.2011]; IRIARTE AHON, E. Sociedad de la Información: Políticas y Regulación en América Latina y el Caribe ¿hacia donde vamos los profesionales en Derecho y Nuevas Tecnologías?. *Revista de derecho informatico Alfa-Redi*. 2005. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3917> [21.08.2011]; IRIARTE AHON, E. Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas. *Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe*. 2006. Disponible en línea: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico-1.pdf [21.08.2011]; REMOLINA ANGARITA, N. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Universidad de los Andes. 2006. Disponible en línea: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf> [21.08.2011]; RINCÓN CÁRDENAS, E. Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. *Revista de Estudios socio-jurídicos*. 2004. Disponible en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/Inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360215> [21.08.2011]; RINCÓN CÁRDENAS, E. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006.; RINCÓN CÁRDENAS, E. *Contratación electrónica*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006; RÍOS RUIZ, W.R. Escenario y Marco Legal de la Factura Electrónica en Colombia. *Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de los Andes. 2007. Disponible en línea: <http://derechoytics.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=3&idarticulos=23&tipos=Ensayos> [21.08.2011]; RODRÍGUEZ AZUERO, S. Referencias a la contratación bancaria electrónica en Colombia. En AAVV. *Contratos Electrónicos*. Universidad del Rosario. 2006; UMAÑA CHAUX, A.F. *Contratación electrónica internacional*. En AAVV. *Contratación Electrónica*. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006.

La LMCE se fundó en el mandato de CNUDMI de fomentar la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional, así como de propiciar el progreso del comercio internacional, conscientes de la incidencia de las TIC's en los negocios internacionales.

Así las cosas, la LMCE ofrece a los legisladores nacionales un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitieran eliminar algunos de los obstáculos jurídicos del comercio en “soporte papel”³⁷, con miras a construir un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación, propiciando las soluciones contractuales para una nueva economía globalizada.

La tendencia del *soft law* y de descodificación actual del Derecho mercantil, está enmarcada en un cambio de concepción, debido principalmente al fraccionamiento de los corpus normativos tradicionales³⁸ y, trae consigo la creación y la elaboración de una serie de instrumentos que contemplan figuras jurídicas nuevas. La LMCE

En Europa, la normativa aplicable es la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, (DOCE núm. L 178 de 17 de julio) conocida como Directiva sobre el comercio electrónico. Así mismo, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, (DOCE núm. L 013/12, de 19 de enero de 2000).

37 Cfr. ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2008

38 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid, Consejo General del Notariado, 2003. Pág. 46. Al respecto, cabe resaltar que GARRIGUES ha sido muy crítico frente a los defensores de los grandes Código de comercio, al expresar “que tuvieron la idea vana de aprisionar la materia mercantil, siempre variante y movediza, en las redes de un llamado Código de Comercio, (...) y frente a los profesores que han enseñado un derecho mercantil codificado del siglo XIX bajo el signo del capitalismo liberal. Un Derecho fosilizado, en el que desfilan las normas de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y que han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran”. GARRIGUES DÍAZ, A. citado por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius Mercatorum*, Ob. Cit. Pág. 47.

es una clara manifestación de esta tendencia, razón por la cual optó por ser una “ley marco”, esto es, que renunció a describir con exactitud todas las reglas necesarias para aplicar las TIC’s en los contratos, dejando en libertad al Estado receptor la expedición de los reglamentos que considere necesarios para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos “autorizados” por la ley modelo a la luz de las circunstancias especiales y posiblemente variables del respectivo Estado³⁹.

En todo caso, ha de recordarse que el texto de la LMCE nace de un esfuerzo constante y reiterado del grupo de trabajo en comercio electrónico, que, desde la Recomendación sobre el valor jurídico de la documentación informática de 1985, exhortaba a las instancias nacionales e internacionales de regulación que eliminaran todo obstáculo innecesario para el empleo del procesamiento automático de datos en el comercio internacional⁴⁰.

La LMCE tiene su columna vertebral en el reconocimiento del principio de equivalencia funcional como escenario fundamental para el reconocimiento de valor jurídico a las instituciones electrónicas (manifestaciones de voluntad, documentos, firmas, contratos, original, escrito, etc.) dentro del *e-commerce*.

En cada uno de los ordenamientos de referencia (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) se ha incorporado el citado principio con el fin de facilitar el uso de los medios modernos de comunicación y el almacenamiento de información, como se estudiara en el presente documento.

39 *Cfr.* COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html [21.08.2011]

40 COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Recomendación sobre el valor jurídico de la documentación informática. 1985. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html [21.08.2011]

Finalmente, ESPINOSA QUINTERO resalta que “no debe perderse de vista que tanto en la propuesta de la ley modelo de CNUDMI, como en trabajos posteriores como el correspondiente a la formulación de un instrumento autónomo, en forma de convención, CNUDMI ha evitado conceder a las compraventas efectuadas por internet un trato distinto del dado a las realizadas por medios tradicionales”⁴¹.

1.2.2. Ley Modelo de Firmas Electrónicas

A partir de la experiencia de la LMCE, la CNUDMI formuló la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (en adelante LMFE), la cual fue aprobada en por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 56° periodo de sesiones celebrada en Nueva York, mediante la Resolución 56/80 de 12 de diciembre de 2001⁴². Ahora bien, la LMFE tiene por objeto dar un marco jurídico básico para regular las condiciones y los efectos jurídicos derivados de la utilización de la firma electrónica (en adelante FE), en la contratación nacional e internacional, sin pretender crear nuevos tipos de efectos jurídicos para las firmas.

Ahora bien, la LMFE, al igual que su antecedente la LMCE, tiene en el principio de equivalencia funcional su núcleo esencial⁴³ y se soporta, adicionalmente, en otros principio como el de neutralidad tecnológica inalterabilidad del derecho preexistente, buena fe y libertad de pacto.

Al respecto, ILLESCAS expone que la LMFE, a diferencia de los modelos europeos, es fiel al principio de equivalencia funcional y, en

41 ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación*. Op. Cit. Pp. 44-52. Es evidente que el autor en cita hace referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, formulada en el año 2005 por la CNUDMI.

42 A su turno, CNUDMI la había aprobado previamente el 5 de julio de 2001, en el marco de su 34ª. Periodo de sesiones celebrado en Viena (Austria).

43 La expresión “núcleo” en el presente trabajo, hace referencia a que los conceptos del comercio electrónico han de ser **interpretados, matizados y aplicados** a la luz siempre del principio de equivalencia funcional. En este sentido, el citado principio determina el contenido y alcance de las instituciones del *e-business*.

consecuencia, todas las FE poseen el mismo valor jurídico, sin que deba distinguirse entre unas y otras por razón de la tecnología de su producción⁴⁴.

Es decir, en la LMFE se plantea un principio de neutralidad entre los diferentes mecanismos técnicos de firma, el criterio de la no discriminación de todo equivalente funcional de los conceptos y las prácticas que tradicionalmente funcionan sobre soporte papel, así como una amplia confianza en la autonomía de la voluntad contractual de las partes⁴⁵.

Ahora, la LMFE se deriva u obedece, en términos generales, a lo establecido en el artículo 7º de la LMCE, según el cual se considera firma, en el evento en que una ley así lo requiera, si se utiliza un método fiable y apropiado para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente⁴⁶.

Como se evidencia esta es una descripción genérica y abierta del concepto firma, según la cual cualquier método, que satisfaga las condiciones mencionadas, posee vocación de ser tenido como firma equivalente a la manuscrita. El art. 7º de la LMCE se sustenta entonces en el reconocimiento de las funciones que se atribuyen a una firma en las comunicaciones consignadas sobre papel, tales como: i) identificar a una persona; ii) dar certeza a la participación personal de esa persona

44 Vid. ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho de la contratación electrónica. Madrid, Civitas, 2001.

45 Vid. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación*. Ob. Cit. Pág. 98.

46 Art. 7 de la LMCE. Firma. 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. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma. 3) Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a: [...].

en el acto de firmar y, iii) asociar a esa persona con el contenido de un documento⁴⁷.

En este sentido, la CNUDMI se anticipa a responder que en los trabajos tanto la LMFE como su guía de incorporación se hizo todo lo posible por asegurar su coherencia con el contenido y la terminología de la LMCE, a tal punto que se reproducen las disposiciones generales de la LMCE, tales como las que versan sobre su ámbito de aplicación, definiciones de mensaje de datos, iniciador y destinatario, interpretación, modificación mediante acuerdo y firma⁴⁸.

Existen, en consecuencia, según lo advierte la misma LMFE, en su guía de incorporación al derecho interno, dos regímenes distintos en materia de firma electrónica. Uno amplio, que se encuentra descrito en el artículo 7 de la LMCE y que reconoce “cualquier método” que pueda emplearse para cumplir el requisito jurídico de una firma manuscrita, siempre y cuando dicho “método” demuestre su “fiabilidad” con respecto a alguien que constate los hechos.

Por otra parte, uno restringido que se crea con la LMFE que consiste en “métodos” de firma electrónica que pueden ser reconocidos por una entidad pública, una entidad privada acreditada o por las mismas partes, conforme a los criterios de fiabilidad técnica establecidos en la LMFE. La ventaja de este reconocimiento es aportar seguridad a los usuarios de dichas técnicas de creación de firmas electrónicas antes de entrar a emplear realmente la técnica de creación de la firma electrónica⁴⁹.

47 *Cfr.* CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Párr. 53

48 *Cfr.* CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Párr. 66.

49 *Cfr.* CNUDMI. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Párr. 76.

1.2.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales

Durante el sexagésimo período de sesiones (23 de noviembre de 2005) fue aprobada la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos (en adelante CUCEC), con el objeto de allanar el empleo de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional, al amparo del principio de reconocer la misma validez, eficacia y efectos jurídicos de éstas, las comunicaciones electrónicas, frente a las realizadas mediante en soporte papel.

La CUCEC se inspira en la necesidad de armonizar las convenciones y acuerdos comerciales uniformes existentes con la amplia utilización de las comunicaciones electrónicas, en particular, la resolución A/RES/60/21 de la Organización de Naciones Unidas, resalta que desde el trigésimo cuarto período de sesiones, celebrado en 2001, la CNUDMI decidió elaborar un instrumento internacional relativo a cuestiones de la contratación electrónica, que debía tener también por finalidad la eliminación de los obstáculos al comercio electrónico.

En este sentido, la CNUDMI recuerda que, por ejemplo, en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“la Convención de Nueva York”) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG o CV80), existen requisitos formales que pueden obstaculizar una amplia utilización de las “comunicaciones electrónicas”⁵⁰.

50 En este punto, vale la pena recordar los literales a, b y c del artículo 4º de CUCEC en los cuales se definen los conceptos necesarios para determinar el alcance de la expresión “comunicaciones electrónicas”:

a) Por “**comunicación**” se entenderá toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de una oferta, que las partes hayan de hacer o decidan hacer en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato.

Así las cosas, la CUCEC pretende eliminar los obstáculos formales, a partir del unánime reconocimiento de la equivalencia funcional entre la forma electrónica y la forma escrita. Así pues, en palabras de la CNUDMI, la CUCEC “tiene la finalidad de fomentar la armonización de las reglas aplicables al comercio electrónico y de promover la uniformidad en la adopción de instrumentos nacionales basados en leyes modelo de la CNUDMI relativas al comercio electrónico, así como de actualizar y complementar ciertas disposiciones de esas leyes modelo teniendo en cuenta las prácticas recientes”⁵¹.

Ahora bien, como se anotó en relación con la LMFE, la CUCEC se soporta en los instrumentos elaborados anteriormente por la CNUDMI, de tal forma que se incorporan los tres principios fundamentales de la legislación sobre comercio electrónico, a saber, i) la no discriminación entre elementos físicos y digitales; ii) la neutralidad respecto de los medios técnicos y iii) la equivalencia funcional.

Como elementos innovadores, en relación con los instrumentos existentes, la CUCEC incorpora algunos ajustes a las disposiciones relativas al tiempo y el lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas (Art. 10)⁵², reconoce la fuerza ejecutoria

b) Por “**comunicación electrónica**” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.

c) Por “**mensaje de datos**” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

51 CNUDMI. 2005 - Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html [27.08.2011]

52 La CUCEC incorpora un régimen “mixto” o variable en relación al tiempo de recepción de las comunicaciones electrónicas. En síntesis, frente al envío, indica que para los casos en que el iniciador tenga control respecto del sistema empleado, se tiene en cuenta el momento en que “salga” la comunicación del sistema, en caso contrario, esto es, cuando la comunicación no es expedida en un sistema bajo el control del iniciador, se tendrá en cuenta el momento de recepción del mensaje. Por otra parte, indica que la comunicación electrónica enviada a una dirección electrónica designada por el destinatario, cuando

de los contratos celebrados a través de sistemas masivos, inclusive cuando ninguna persona física haya revisado los actos realizados a través de los sistemas (Art. 12)⁵³, dispone que toda propuesta de celebrar un contrato cursada por medios electrónicos y no dirigida a una o varias partes determinadas se considerará una invitación a negociar, y no una oferta (Art. 11)⁵⁴ y, finalmente, incorpora soluciones en el

pueda ser recuperada del sistema (en otras palabras, el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste). Finalmente, si la comunicación es enviada a una dirección no designada por el destinatario, se requiere, adicionalmente, el conocimiento del destinatario de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección.

CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Artículo 10. Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas

1. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba.

2. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste.

3. La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6.

4. El párrafo 2 del presente artículo será aplicable aun cuando el sistema de información que sirva de soporte a la dirección electrónica esté ubicado en un lugar distinto de aquel en que se tenga por recibida la comunicación en virtud del párrafo 3 del presente artículo.

53 CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Artículo 12. Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato

No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos.

54 CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Artículo 11. Invitaciones para presentar ofertas

evento en que una persona cometa error al introducir la información en sistemas automatizados de mensajes (Art. 14)⁵⁵.

Ahora bien, OVIEDO ALBÁN, al analizar el artículo 1º de la CUCEC⁵⁶, explica que pueden identificarse tres factores que determinan el

Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.

- 55 Cuando una persona comete un error al introducir datos en una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y, el sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, la persona que comete el error tiene derecho a la corrección del mismo una se vez se cumplan las siguientes condiciones: i) notificar a la otra parte de la equivocación tan pronto como sea posible y ii) no haber utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

Artículo 14. Error en las comunicaciones electrónicas

1. Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si:

a) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y le indica que lo ha cometido; y si

b) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado los bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 1.

- 56 *CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.*

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. La presente Convención será aplicable al empleo de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados.

2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en distintos Estados cuando ello no resulte del contrato ni de los tratos entre las partes, ni

campo de aplicación del instrumento, que son: geográfico, material y temporal.

En torno al primero, la CUCEC es aplicable a todas las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes cuyos establecimientos estén situados en Estados diferentes y cuando al menos una de esas partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante. OVIEDO ALBÁN sostiene que este instrumento determina su campo de aplicación con fundamento en un factor que ya había sido establecido en el artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías consistente en que las partes del contrato, tengan su establecimiento en estados diferentes. Así pues, continúa el autor en cita, en esta Convención subyace un concepto de contrato internacional, que a su vez hace parte de la llamada “concepción restringida”⁵⁷.

de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato, o al concluirse éste.

3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

57 Para la caracterización de un contrato como “internacional” existen diversas posiciones en las cuales se fijan los criterios (la nacionalidad de las partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros) que permitirían dotar de tal carácter a un acuerdo de voluntades. La concepción restringida hace referencia a la elección de uno o más de dichos criterios como elementos determinantes de la caracterización. En este sentido, la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías y la CUCEC escogen como criterio esencial es la ubicación del establecimiento, sin importar la nacionalidad de las partes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, ni el lugar de su ejecución.

Desde otra perspectiva, se configura el criterio amplio de internacionalidad, esto es, cuando no se adopta ningún criterio de forma específica, sino que, por el contrario, se propende por una interpretación abierta del concepto “internacional” de tal forma que es aplicable cualquier criterio y, en consecuencia, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación. En esta visión amplia, se ubican los *Principios de UNIDROIT*, de los cuales se excluyen solamente los casos en que dentro del contrato todos los elementos relevantes estuvieran conectados con un solo país. Podría incluso afirmarse que los *Principios* contienen una presunción de *internacionalidad* de los contratos que debe ser interpretado en el sentido más amplio

En relación con el segundo criterio, y pese a las discusiones iniciales en el grupo de trabajo (en las cuales se sugería la limitación del instrumento estrictamente a los contratos de compraventa), la CUCEC consideró que no debía delimitarse materialmente el tipo de operaciones a las que se aplicaría la misma. Así las cosas, y salvo las exclusiones expresas a las que se hará referencia, la Convención se aplica a la utilización de comunicaciones electrónicas en todo tipo de contratos internacionales celebrados por medios electrónicos, con las salvedades que se indicarán. De igual forma, el artículo 1º numeral 3 de la Convención señala que para la determinación del campo de aplicación

posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad.

Se muestra claramente más favorable para el comercio internacional la solución amplía al problema de la internacionalidad del contrato, en tanto la delimitación exacta de un criterio aplicable trae como consecuencia ineludible excluir la aplicación del instrumento a algunas relaciones que, desde la otra perspectiva, podrías revestir tal carácter.

Sobre el concepto de internacionalidad en los contratos: Vid. ESPINOSA QUINTERO, L. El “elemento internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. Contribución para su discusión. En AA.VV. Estudios Sobre El Derecho De Los Contratos Internacionales. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2009. p. 100 – 113; OVIEDO ALBÁN, J. Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. 2004. Facultad de Ciencias Jurídicas. Disponible en línea http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/international_law/revista_4/3.pdf [27.08.2011]; OVIEDO ALBÁN, J. La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2002. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlb3.html#iv> [27.08.2011]; GALÁN BARRERA, D.R. La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. 2004, vol.20, no.9; GALÁN BARRERA, D.R. La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano. Criterio Jurídico N° 3. Pontificia Universidad Javeriana Cali. 2003. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera2.html>[27.08.2011]; GALÁN BARRERA, D.R. El ámbito de aplicación en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En: Revista Jurídica del Perú, Año LII, No. 40, noviembre 2002, Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera2.html> [27.08.2011]; PERALES VISCASILLAS, M. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*. 2001. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> [27.08.2011]

de la misma, no se tendrá en cuenta la nacionalidad ni la naturaleza civil o mercantil de las partes.

OVIEDO ALBÁN critica la redacción del numeral 3° del artículo 1 de la CUCEC expresando que: “(..) Ahora, no podría dejar de señalar una crítica que ya en diversas ocasiones he hecho a la misma situación regulada en la Convención sobre compraventa internacional, y es que de todas maneras, al establecer las exclusiones materiales, el artículo 2° indica que la misma no se aplicará a los contratos concluidos con fines personales, familiares o domésticos, que no son otra cosa que los contratos de consumo (llamados en el campo de la contratación electrónica B2C). Todo ello implica afirmar, que a pesar de la intención de abarcar el mayor número de operaciones negociales sin tener en cuenta el carácter civil o comercial de las partes o del contrato, implícitamente se está señalando que sólo se aplicará a operaciones de carácter empresarial (contratos B2B) (...)”⁵⁸.

Ahora, desde el tercer factor, esto es de la aplicación temporal, es preciso destacar que el artículo 24 indica que la CUCEC se aplicará a las comunicaciones electrónicas cursadas a partir de la fecha de entrada en vigor respecto de cada Estado contratante. En todo caso ha de señalarse que la CUCEC permite a las partes contratantes excluir su aplicación o modificar sus condiciones en la medida en que lo permitan las disposiciones legislativas por lo demás aplicables⁵⁹.

58 OVIEDO ALBÁN, J. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales. *Revista International Law*. Universidad Javeriana. N° 7. Págs. 11-59. 2006. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/OviedoIcorreg_001.pdf [07.10.2012]

59 CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Artículo 3. Autonomía de las partes. Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones.

Es de anotar, en todo caso, que a la Convención fue suscrita únicamente por 18 países⁶⁰, de los cuales solo dos (Honduras y Singapur) han ratificado el Convenio. De conformidad con lo anterior, este instrumento internacional no está actualmente en vigor. La decisión de los Estados de ratificar la CUCEC promovería, sin lugar a dudas, la uniformidad normativa en la materia, así como, favorecería la seguridad jurídica respecto de las operaciones comerciales. En este sentido, la CUCEC es especialmente favorable para los Estados que aún no hayan promulgado legislación en materia de comercio electrónico.

En este punto, vale la pena destacar que el único país de la Comunidad Andina que ha suscrito (más no ratificado) la CUCEC a la fecha es Colombia, razón por la cual no se entiende que la misma es “ley” en sentido formal que pueda ser aplicable. Lo anterior no obsta, para afirmar que no pueda ser aplicada en alguno de los países de la Comunidad Andina, por el contrario, es posible que la CUCEC sea aplicable si:

Las partes de un contrato, en virtud de su autonomía de la voluntad (autonomía conflictual), acuerdan someterse a las disposiciones de la CUCEC. En este caso se aplicaría a dicho contrato en virtud de la fuente de derecho denominada “ley de las partes” (Art. 4 de CCoC) o,

Un juez o un árbitro u otro “agente jurídico” la encuentran aplicable a un determinado caso, por tratarse de un elemento que recoge principios o costumbres de carácter internacional, o como principio general del derecho mercantil internacional. (Art. 7 del CCoC).

60 Los 18 países que han suscrito la CUCEC son: Arabia Saudita; China; **Colombia**; Federación de Rusia; Filipinas; Honduras; Irán; Libano; Madagascar; Montenegro; Panamá; Paraguay; República Centroafricana; República de Corea; Senegal; Sierra Leona; Singapur; Sri Lanka.

1.2.4. Otros esfuerzos internacionales.

No obstante la importancia de la labor armonizadora realizada por la CNUDMI, existen otros esfuerzos en el ámbito internacional que, ya sea por la autoridad de quien proviene o por el impacto de las mismas, se erigen como verdaderos puntos de referencia internacional en el proceso de armonización y/o unificación respecto de la contratación por medio electrónicos.

1.2.4.1. Desde la perspectiva europea.

Desde la perspectiva Europea, el referente de mayor impacto, así como el más reciente, es la denominada “Agenda Digital para Europa”⁶¹ (En adelante AgDE) cuyo principal objetivo consiste en desarrollar un mercado único digital para dirigir a Europa hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

La AgDE parte de un concienzudo estudio de la situación actual de la Unión Europea en relación a las TIC's, en el cual se destaca, en primer lugar, la dinamicidad e impacto social y económico del sector, esto es las TIC's, al punto que actualmente es directamente responsable del 5 % del PIB europeo (valor de mercado de 660 000 millones de euros al año), así como, contribuye mucho más al crecimiento de la productividad general (20 % directamente del sector de las TIC y 30 % de las inversiones en TIC). De igual forma, se evidencia una evolución en la electrónica de consumo, en la facilidad de “verter” los bienes y servicios al entorno digital, así como el entorno empresarial sobre el particular

No obstante lo anterior, la AgDE reconoce que Europa se está rezagando en relación con los países industrializados, así se evidencia,

61 COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Agenda Digital para Europa. Comunicación de 19 de mayo de 2010. Dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:ES:HTML> [27.08.2011]

al examinar que hoy se producen cuatro veces más descargas musicales en los Estados Unidos que en la UE, que el 30% de los europeos no ha utilizado aún nunca internet, que la penetración de las redes de alta velocidad basadas en fibra es de solo un 1 % en Europa, frente al 12% en Japón y al 15% en Corea del Sur y que el gasto en investigación y desarrollo de las TIC en Europa representa solo el 40% del gasto estadounidense⁶². Como problemas centrales, la AgDE describe los siguientes:

- i) Fragmentación de los mercados digitales (el mercado europeo es un mosaico de mercados nacionales en línea, actualmente, no hay un mercado único digital).
- ii) Falta de interoperabilidad (los puntos débiles en materia de fijación de normas, contratación pública y coordinación entre

62 Op. Cit. COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Agenda Digital para Europa... Para un estudio reciente y concienzudo sobre el impacto de las TIC's en el Desarrollo: Vid. KATZ, R. El papel de las TICs en el Desarrollo. Propuesta de América latina a los retos económicos actuales. 2009. Disponible en: http://cedoc.infod.edu.ar/upload/El_Papel_de_las_TIC_en_el_Desarrollo_Katz.pdf [04.09.2011]

Así, KATZ concluye que la crisis económica ha reforzado la urgencia de los países, particularmente de América Latina, de impulsar el crecimiento económico teniendo en cuentas las TIC's, por ejemplo, teniendo en cuenta variables como la creación de fuentes de trabajo para la sociedad de la información, aceleramiento de la tasa de innovación, mejoramiento de la productividad en todos los factores. En particular, el autor resalta tres temas urgentes a saber: *i*) acelerar el proceso de despliegue de la infraestructura de banda ancha (América Latina está muy por detrás del nivel de despliegue, lo cual coincide con su crecimiento económico), *ii*) implementar programas agresivos orientados a acelerar la adopción de TIC por parte de la pequeña y mediana empresa y, *iii*) adoptar planes de formación de personal especializado en TIC para crear la fuerza de trabajo que se verá beneficiada por el despliegue de infraestructura. Así pues, KATZ expresa que la crisis mundial ha puesto de manifiesto la importancia fundamental que puede tener un programa de estímulo de TIC, de tal forma que corresponde a los gobernantes de América Latina asumir la responsabilidad de realizar acciones a este respecto.

Así mismo, para un estudio de la situación de América latina en torno a las TIC's puede consultarse a JORDAN, V.; HILBERT, M. (Coord.); OLAYA, D; PARADA, S., PERES, W.; LIRA, F. *Monitoreo del eLAC2007: avances y estado actual del desarrollo de las sociedades de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América latina (CEPAL). IDRC. ICA; CE, 2007. 143p. (LC/W, 151). Disponible en línea: <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/29945/29945.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl&base=/socinfo/tpl/top-bottom.xsl> [04.09.2011]

autoridades públicas impiden que los servicios y dispositivos digitales que utilizan los europeos trabajen conjuntamente).

- iii) Incremento de la ciberdelincuencia y riesgo de escasa confianza en las redes.
- iv) Ausencia de inversión en redes (es preciso garantizar el despliegue y la adopción de la banda ancha para todos, a velocidades crecientes, a través de tecnologías tanto fijas como inalámbricas).
- v) Insuficiencia de los esfuerzos de investigación e innovación.
- vi) Carencias en la alfabetización y la capacitación digitales.
- vii) Pérdida de oportunidades para afrontar los retos sociales.

En este sentido, la AgDE incorpora medidas urgentes, en diferentes ámbitos, de tal forma que se pueda maximizar el potencial económico y social de las TIC, y en particular de internet, como soporte esencial de la actividad económica y social: para hacer negocios, trabajar, jugar, comunicarse y expresarse en libertad.

Ahora bien, es preciso destacar que, previa a la formulación de la AgDE, ya existían diversas normas de derecho derivado⁶³, en particular Reglamentos⁶⁴ y Directivas Comunitarias⁶⁵ relativas a los

63 Se denomina *derecho derivado* a las diferentes fuentes del ordenamiento jurídico comunitario que son proferidas por sus órganos y que, por tanto, no se encuentran incluidas en los Tratados fundacionales de la Unión Europea (Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero [CECA], Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica [EURATOM] y los Tratados de la Comunidad Europea: El Acta Única (1986), Tratado de Maastricht (1992), Tratado de Amsterdam (1999) y Tratado de Niza (2003). GARCÍA COSO, E. Módulo de Introducción a la unión Europea. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. 2008. P. 102.

64 Los Reglamentos de la UE son normas de derecho derivado, que se caracterizan porque son de alcance general y obligatorios en todos sus elementos (resultado y formas), así como por ser directamente aplicables en todos los Estados miembros. GARCÍA COSO, E. Módulo de Introducción a la unión Europea. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. 2008. P. 102.

65 Las Directivas de la UE son normas de derecho derivado, que se caracterizan porque sus destinatarios son los estructuras estatales de los Estados miembros, tienen como

temas de contratación en la sociedad de la información y del comercio electrónico y la firma electrónica así como sus diferentes protagonistas, entre ellos, el consumidor. Entre las principales normas, se encuentran las siguientes:

Figura 1.
Marco jurídico comunitario en temas de contratación en la sociedad de la información.

Norma	Fecha	Temática
Directiva 93/13/CEE	5 de abril de 1993	Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en materia de contratos a distancia ¹ .
Directiva 97/7/CE	20 de mayo de 1997	Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia ² .
Directiva 98/27/CE	19 de mayo de 1998	Acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores ³ .

- 1 La Directiva 93/13/CEE nace como respuesta a las diferencias entre las legislaciones de los Estados relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador, situación que puede generar distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios.
- 2 Esta Directiva, entre otras consideraciones, se soporta en que el desarrollo de nuevas tecnologías lleva consigo una multiplicación de los medios puestos a disposición de los consumidores para estar al corriente de las ofertas hechas en toda la Comunidad y para efectuar sus pedidos. Así mismo, la Directiva 97/7/CE introduce las normas comunes mínimas a nivel comunitario es necesaria en este ámbito, esto es, que parte de la base que los Estados habían adoptado disposiciones distintas o divergentes de protección de los consumidores en materia de venta a distancia, con el consiguiente efecto negativo en la competencia entre empresas en el mercado interior.
- 3 El sustento de la Directiva 98/27/CE radica en la existencia, a ese momento, de mecanismos diferentes en cada Estado para garantizar el cumplimiento de las Directivas

finalidad armonizar el derecho entre los diferentes estados y por tanto son obligatorios en cuanto al resultado (sin importar la forma o el medio por el que se logre). GARCÍA Coso, E. Módulo de Introducción a la unión Europea. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. 2008. P. 102.

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Norma	Fecha	Temática
Directiva 98/34/CE	22 de junio de 1998	Establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información ⁴ .
Directiva 98/84/CE	20 de noviembre de 1998	Protección jurídica de los servicios de acceso condicional, o basados en dicho acceso ⁵ .
Directiva 1999/93/CE	13 de diciembre de 1999	Marco comunitario para la firma electrónica ⁶ .
Directiva 2000/31/CE	8 de junio de 2000	Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior ⁷ .

relativas a la protección de consumidores, que no siempre permiten poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores.

- 4 Esta Directiva fue modificada por la Directiva 98/48/CE. En términos generales, la Directiva busca garantizar la mayor transparencia posible de las iniciativas nacionales destinadas al establecimiento de normas o reglamentos técnicos de los servicios de la sociedad de la información.
- 5 Esta Directiva se soporta en la necesidad de la protección jurídica de los proveedores de servicios de acceso condicional contra dispositivos que posibiliten o faciliten el soslayar, sin autorización para ello, cualquier medida técnica adoptada para proteger la remuneración de un servicio suministrado con total legalidad.
- 6 El PARLAMENTO EUROPEO y el CONSEJO reconocen que la heterogeneidad normativa en materia de reconocimiento legal de la firma electrónica y acreditación de los proveedores de servicios de certificación entre los Estados miembros puede entorpecer gravemente el uso de las comunicaciones electrónicas y el comercio electrónico. Así como, exponen que un marco comunitario claro sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza y la aceptación general de las TIC's.
- 7 En la Directiva 2000/31/CE se reconoce muy especialmente que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en

Norma	Fecha	Temática
Directiva 2002/21/CE	7 de marzo de 2002	Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas
Directiva 2002/65/CE	23 de septiembre de 2002	Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores ⁸ .
Reglamento 1211/2009	25 de noviembre de 2009	Se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina

innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos.

- 8 La Directiva 2002/65/CE considera que es beneficioso para los consumidores poder acceder sin discriminación a la gama más amplia posible de servicios financieros disponibles en la Comunidad, con el fin de poder elegir los que se adapten mejor a sus necesidades. Así pues, y a fin de garantizar la libertad de elección de los consumidores, que es un derecho esencial de éstos, es necesario un alto nivel de protección de los consumidores para que pueda aumentar la confianza de los consumidores en la venta a distancia.

Fuente: Elaboración del autor.

No hay lugar a duda que el marco jurídico desde la perspectiva europea contempla una serie de normas y disposiciones protectoras de los derechos y la información de los “*ciberconsumidores*”.

Sin embargo, es indudable, una vez revisadas las necesidades y motivaciones de las mismas que el objeto principal de las mismas es la supresión o eliminación de las barreras que, desde el punto de vista normativo, pueda tener la libre circulación de bienes y servicios, en este caso, en el comercio electrónico comunitario⁶⁶.

66 Vid. GARCIA COSO, E. *El futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea*. En AAVV. Contratación electrónica. Bogotá D.C. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. Pp. 199-237.

No queda la más mínima duda pues, que la adopción de normas uniformes que eliminen los obstáculos al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos, aumenta la certidumbre o seguridad jurídica y genera en los Estados miembros el crecimiento y potencialización de los mercados.

1.2.4.2. Desde la Cámara de Comercio Internacional.

Adicionalmente, a lo expuesto anteriormente, es preciso destacar el trabajo realizado por el Grupo de Trabajo de Prácticas en el Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI)⁶⁷ al presentar el borrador de las Reglas Uniformes y Guías para el Comercio y Pago Electrónico (URGETS)⁶⁸, mediante las cuales se buscaba recoger algunas costumbres⁶⁹ en aras a uniformizar los contratos electrónicos⁷⁰.

67 La *Cámara de Comercio Internacional (CCI)* es una organización empresarial, con personalidad jurídica propia y naturaleza asociativa, que representa mundialmente los intereses empresariales, fue creada en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa. Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, así mismo, defiende la globalización de la economía como una fuerza para el crecimiento económico, la creación de trabajo y la prosperidad, en tanto las economías nacionales son cada vez más interdependientes, y por ello, las decisiones gubernamentales tienen repercusiones internacionales más fuertes que en el pasado. Las actividades de la CCI cubren un amplio espectro, que va desde el arbitraje y la resolución de conflictos, hasta la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, la lucha contra la corrupción o la lucha contra el crimen comercial. Los miembros de la CCI son empresas que efectúan transacciones internacionales y también organizaciones empresariales. En la actualidad las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en cerca de 80 de ellos. Vid: CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. Disponible en línea: <http://www.iccwbo.org/> [03.09.2011]; Una versión en inglés de los estatutos de la CCI, Vid: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/ICC_Home_Page/pages/Constitution8101907E.pdf

68 *Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement (URGETS)*, aprobadas el 7 de junio de 2000.

69 Los URGETS incorporaban, entre otros aspectos, el reconocimiento respecto de que la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones, válidos y ejecutables, por las Partes, así como reglas relativas a la expedición y recepción del “documento electrónico”.

70 Sobre la importancia de la costumbre en el comercio electrónico se destaca la labor del CIBERTRIBUNAL PERUANO, en el cual se ofrecen métodos alternativos de solución de controversias surgidas por el registro abusivo y/o de mala fe de un nombre de dominio y tiene por alcance la cancelación o la transferencia del mismo. En este sentido el

Al respecto, NOODT TAQUELA sostiene que: “Las Reglas [haciendo referencia a los URGETS] están elaboradas para brindar un marco coherente a las contrataciones entre empresas a través de mensajes electrónicos y no se aplican a los contratos celebrados por particulares para usos personales, es decir quedan al margen de estos usos los contratos con consumidores. Como todas las regulaciones de CCI, los URGETS se aplican por autonomía de la voluntad de las partes. Las Reglas contienen numerosas definiciones y establecen como ley aplicable, en defecto de elección de las partes, la del establecimiento del proveedor de bienes o servicios”⁷¹.

Sin embargo, los URGETS, pese a estar aprobados desde año 2001 por la Cámara de Comercio Internacional, no contaron con la recepción o anuencia por parte de la comunidad de comerciantes de la Cámara de Comercio internacional, esto es, los mismos no fueron, realmente,

CIBERTRUBUNAL PERUANO es una asociación sin fines de lucro cuyo objetivo principal es la resolución de conflictos y controversias derivadas del uso de las tecnologías de la información, mediante la aplicación de la conciliación y el arbitraje. (<http://www.cibertribunalperuano.org/>).

Para CALDERÓN RODRÍGUEZ, el comercio electrónico seguirá el camino recorrido por el comercio internacional tradicional, esto es que la jurisdicción competente así como la legislación aplicable serán facilitadas por los mismos comerciantes quienes a través de sus usos y prácticas, pues estamos ante un comercio internacional que está convirtiéndose en *comercio internacional electrónico*. Cfr. CALDERÓN RODRÍGUEZ, C. El Comercio electrónico: Nueva Lex mercatoria del Comercio Internacional. *Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. 2000. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=553> [20.08.2011]

- 71 NOODT TAQUELA, M. B. Reglamentación de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. En AA.VV. Derecho Internacional Privado de los Estados del mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Fernández Arroyo, D. (Coord.) Buenos Aires. Zabalía. 2003. Disponible en línea: <http://es.scribd.com/doc/6750361/Arroyo-Diego-Fernando-Derecho-Internacional-Privado-de-Los-Estados-Del-Mercosur> [20.08.2011] Pág. 986 - 987. Ver también: LANDAÉZ OTAZO, L. Reflexiones para la comprensión de la Tecnología de la información y la comunicación (Internet, comercio electrónico y leyes de la materia). Anuario. No. 29. 2006. Disponible en línea: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art9.pdf> [20.08.2011]; MARQUEZ, J.F. *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Anuario de Derecho Civil. Universidad Católica de Córdoba. T. VII. 2002. Pág. 63. Disponible en línea: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/elementos-de-la-contratacion-electronica.-el-acuse/> [20.08.2011]

aplicados en las transacciones comerciales internacionales. Sobre este particular, LEE explica que el fracaso de los URGETS para ganar aceptación en la comunidad de los comerciantes resalta la incapacidad del marco legal existente para ir más allá en la regulación de los documentos de carácter crediticio⁷².

Ante el fracaso en la implementación de los URGETS, se desarrolló un trabajo conjunto entre la Comisión de la CCI sobre Derecho y Prácticas Comerciales y la Comisión de la

CCI para el Comercio Electrónico, del cual se generó, en el año 2004, las *Cláusulas Contractuales de la CCI para el Comercio Electrónico* (en adelante ICC eTerms 2004), la cuales tienen por objeto dotar de mayor certeza o seguridad jurídica a todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica.

Los ICC eTerms 2004 son dos breves cláusulas⁷³, que pueden ser incorporadas a cualquier tipo de contrato, en las cuales se estipulan, en términos claros, la manifestación de la voluntad de ambas partes

72 Cfr. LEE, R.J. *Strict Compliance and the Fraud Exception: Balancing the Interests of Mercantile Traders in the Modern Law of Documentary Credits*. MqJIB Law 7. 2008. Macquarie Journal of Business Law. Disponible en línea: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqJIBLaw/2008/7.html> [20.08.2011]

73 El texto de las ICC eTerms 2004, se reproduce a continuación:

“Cláusula 1: acuerdo de comercio electrónico. Las partes están de acuerdo en que:

1.1 la utilización de mensajes electrónicos dará lugar al nacimiento de derechos y obligaciones que sean mutuamente válidos y ejecutables; y en que,

1.2 en la medida de lo que sea permisible con arreglo a la ley por lo demás aplicable, todo mensaje electrónico será admisible a título de prueba, con tal de que dicho mensaje haya sido enviado a alguna dirección explícita o implícitamente indicada por el destinatario y en el formato previsto, de haberse designado alguno; y en que

1.3 no se impugnará la validez de una comunicación intercambiada o de un acuerdo concertado entre ellas por el solo hecho de que se haya utilizado la vía electrónica, con independencia de si dicho empleo se hizo bajo la supervisión de alguna persona natural”.

“Cláusula 2: expedición y recepción. 2.1 Se tendrá todo mensaje electrónico por:

a) expedido o enviado al entrar dicho mensaje en un sistema de información que esté fuera del control del expedidor; y por

b) recibido en el momento en el que el mensaje ingrese en un sistema de información designado por el destinatario.

según la cual obran con la intención de quedar obligados por los términos de un contrato concertado por vía electrónica.

En este sentido, los ICC eTerms 2004 no afectan u alteran, en forma alguna, las obligaciones, condiciones y/o naturaleza del contenido propio del contrato, sino que por el contrario, están orientadas a facilitar y dotar de validez y eficacia la negociación a través de medios electrónicos de un contrato. La ICC advierte que los eTerms 2004 pueden ser empleados para los contratos que se realicen a través de mensajes de datos, télex o telefax, Internet, por correo electrónico o cualquier otra forma de EDI⁷⁴.

Las ICC eTerms 2004 surgen como un aporte del organismo internacional de los comerciantes en la cuestión o problema relativo a la validez y prueba suficiente del intercambio de mensajes electrónicos entre las partes de un determinado compromiso comercial. En este sentido, con los eTerms 2004:

- i) Las partes dejan en claro, para *“todo árbitro o juez que haya de resolver una controversia sobre el curso de su contrato, que no existe controversia alguna respecto de la vía técnica seguida para su*

2.2 De haberse enviado un mensaje electrónico a un sistema de información que no sea el designado por el destinatario, se tendrá dicho mensaje por recibido en el momento en el que llegue al conocimiento de su destinatario.

2.3 Para los fines del presente contrato, todo mensaje electrónico se tendrá por expedido o enviado desde el lugar donde el expedidor tenga su establecimiento y se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga su establecimiento”. Vid. CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. CLÁUSULAS CONTRACTUALES 2004 DE LA CCI PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO (ICC eTERMS 2004) Y GUÍA DE LA CCI PARA LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. INCORPORADA EN LA COMUNICACIÓN No. A/CN.9/WG.IV/WP.113 DIRIGIDA A LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2004. DISPONIBLE EN LÍNEA: [HTTP://DACCESS-DDS-NY.UN.ORG/DOC/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.PDF?OPENELEMENT](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.PDF?OPENELEMENT) [3.09.2011]

74 EDI, por sus siglas en inglés, hace referencia al intercambio electrónico de datos (Electronic Data Interchange) esto es, en términos generales, a la transmisión estructurada de datos por cualquier medio electrónico, de un sistema computacional a otro.

*negociación*⁷⁵. Es decir, estas cláusulas dejan constancia de la voluntad de las partes en negociar por vía electrónica, “*lo que supone una cuestión menos para resolver y en la que gastar tiempo y dinero*” y,

- ii) Incorpora pactos o soluciones estándar para el problema del momento en que se entiende enviado y recibida una comunicación electrónica, con el fin de que en el estudio del contrato no se recurra a medidas legislativas particulares.

En todo caso, es preciso anotar que los ICC eTerms 2004 han sido elaboradas para la negociación entre comerciantes, razón por la cual no son recomendadas para los negocios con consumidores.

Ahora bien, para la aplicación de los eTerms 2004 a un contrato, la Cámara de Comercio Internacional, sugiere tres mecanismos:

- i) La incorporación textual o por remisión en el contrato de las cláusulas.
- ii) El intercambio de un documento físico, esto es en soporte papel, firmado por ambas partes en el cual se consagren las cláusulas⁷⁶,

75 CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. CLÁUSULAS CONTRACTUALES 2004 DE LA CCI PARA EL COMERCIO ELECTRÓNICO (ICC eTERMS 2004) Y GUÍA DE LA CCI PARA LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. INCORPORADA EN LA COMUNICACIÓN No. A/CN.9/WG.IV/WP.113 DIRIGIDA A LA COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2004. DISPONIBLE EN LÍNEA: [HTTP://DACCESS-DDS-NY.UN.ORG/DOC/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.PDF?OPENELEMENT](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.pdf?OpenElement) [3.09.2011]

76 Es curioso que en un elemento normativo que constituye un esfuerzo para dotar de validez las comunicaciones electrónicas, y en el cual se reconoce que la rapidez y flexibilidad de los negocios no permiten, en este mundo globalizado, dejar constancia en papel de todas las negociaciones; se incluya como mecanismo de incorporación el “soporte papel”. Sin embargo, la misma CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL aclara que esta posibilidad es una forma de precaver los inconvenientes que podría generar que en algunos países exista “(...) alguna regla de derecho imperativo, inviolable por vía contractual, que excluya taxativamente la contratación electrónica, al hacer depender la validez de cierto contrato del canje de algún documento consignado y firmado sobre papel”.

- iii) El intercambio de correos entre las partes, en los cuales mutuamente se haga referencia a las cláusulas.

Finalmente, es de destacar que la Cámara de Comercio Internacional, expresamente reconoce que: *“La finalidad básica de las cláusulas 2004 de la CCI es la de estipular un régimen contractual uniforme conforme al cual las partes podrán negociar su contrato por vía electrónica sin correr el riesgo de que la otra parte aduzca más adelante que el contrato se concertó por vía electrónica para impugnar su validez jurídica”*⁷⁷ (negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, es válido afirmar que la vocación de internacionalidad y de armonización de los ordenamientos jurídicos es, sin lugar a dudas, el eje articulador de los elementos internacionales que, con diferentes alcances, pretenden constituirse en el marco jurídico de referencia en el marco de la contratación electrónica.

1.3. La contratación a través de medios electrónicos en la Comunidad Andina.

Una vez revisada la panorámica internacional en torno al proceso de armonización de las normas relativas a la contratación por medio electrónicos, es preciso realizar un análisis desde la perspectiva regional, esto es, cuáles han sido los esfuerzos que desde la Comunidad Andina (en adelante CAN) se han generado sobre este mismo particular⁷⁸.

⁷⁷ Cámara de Comercio Internacional. Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004) y Guía de la CCI para la contratación electrónica. Incorporada en la Comunicación No. A/CN.9/WG.IV/WP.113 dirigida a la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2004. Disponible en línea: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.pdf?OpenElement> [3.09.2011]

⁷⁸ La COMUNIDAD ANDINA, es un organismo multilateral de integración regional, creada mediante el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1969, con el objetivo de alcanzar un desarrollo más acelerado, más equilibrado y autónomo, mediante la integración andina, suramericana y latinoamericana. La meta y finalidad es profundizar la integración integral de tal forma que contribuya de manera efectiva al desarrollo humano sustentable y equitativo para vivir bien, con respeto por la diversidad y las asimetrías que aglutine las diferentes visiones, modelos y enfoques. Actualmente, son solo cuatro (4) países miembros, a saber: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Así mismo, cuenta con cinco (5)

En este sentido, es preciso destacar que, desde el año 2000, las autoridades de telecomunicaciones de los, entonces, cinco países de la CAN⁷⁹ suscribieron el “*Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información*” (en adelante el Documento de Lima) el cual constituye la primera declaración desde este organismo regional en torno los aspectos que subyacen a la Sociedad de la Información. Este documento contiene, entonces, la visión andina de la influencia de la TIC’s en su situación actual, así como, representa un hito o punto de partida en el estudio político y jurídico de las mismas⁸⁰.

países asociados que son: Chile (Decisión 645 de 2006. Disponible en línea: <http://www.comunidadandina.org/exterior/Chile.htm> [04.09.2011]), Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Decisión 613 de 2005, Disponible en línea: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D613.htm> [04.09.2011]).

La COMUNIDAD ANDINA es un bloque regional que anualmente comercia cercanos a los 9.000 millones de dólares. Ahora, a pesar de no ser el bloque de mayor comercio, si ha presentado aumentos periódicos de comercio. Por ejemplo, en el año 2005 el comercio por 8.922 millones de dólares superaron en un 21% a 2004, con 7.300 millones.

79 Para la fecha del Documento de Lima sobre la Sociedad Global de la Información, la hoy, República Bolivariana de Venezuela era miembro de la Comunidad Andina. La salida de Venezuela del organismo multilateral de integración se da mediante la decisión de denunciar el Acuerdo de Cartagena, el día 22 de abril de 2006, la cual se concretó definitivamente el día 22 de abril de 2011.

80 Aunque no son documentos elaborados o aprobados directamente por la CAN, es necesario destacar la importancia de los siguientes referentes:

Declaración de Lima de 2010. En el marco de la Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, el día 23 de noviembre de 2010, los países de América Latina aprueban el plan de acción eLAC 2015 “construyendo sociedades digitales inclusivas e innovadoras”, en el cual se reconoce, entre otras, la necesidad de avanzar en el desarrollo de políticas públicas que permitan el establecimiento de lineamientos claros para el uso de tecnologías alineadas con la conservación del medio ambiente y el adecuado manejo de desechos tecnológicos. Vid. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Declaración de Lima. ELAC 2015 Construyendo sociedades digitales inclusivas e innovadoras. Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América latina y el Caribe. 23 de noviembre de 2010. Disponible en Línea: http://www.eclac.org/socinfo/noticias/documentosdetrabajo/3/41773/2010-876-eLAC-Declaracion_de_Lima.pdf [11.09.2011]; COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Plan de acción ELAC 2015 Construyendo sociedades digitales inclusivas e innovadoras. Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América latina y el Caribe. 23 de noviembre de 2010. Disponible en Línea: http://www.eclac.org/socinfo/noticias/documentosdetrabajo/0/41770/2010-819-eLAC-Plan_de_Accion.pdf [11.09.2011].

En el Documento de Lima, los Estados miembros convinieron realizar los esfuerzos necesarios para garantizar el acceso de la población a los servicios de telecomunicaciones, así como para, establecer normas que doten de seguridad las diferentes fases de las operaciones comerciales que utilizan recursos electrónicos, entre ellas, el pedido, la contratación, el pago, la entrega, la devolución, así como la verificación de firmas electrónicas y la constitución de entidades de certificación.

El Documento de Lima se erige entonces como un reconocimiento público de la necesidad de formular y consolidar una política regional en torno a la Sociedad de la Información y, en particular, en torno a la contratación por medios electrónicos.

La política regional debía, en el entendido de los estados firmantes, responder a los nuevos retos normativos, así como, tener en cuenta la naturaleza internacional o extraterritorial del fenómeno de globalización y ser afín con la expansión geométrica de las tecnologías, todo lo cual le permitiría a la región aplicar soluciones coordinadas e integradas a los interrogantes propios de la contratación electrónica. Sobre este particular, CÁRDENAS ZORRO afirma que el propósito de la CAN de conformar un mercado común está estrechamente vinculado a la efectiva prestación de los servicios propios de la Sociedad de la Información entre los Países Miembros.

Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. La Carta, aprobada por los jefes de Gobierno latinoamericanos, contiene un conjunto de conceptos, valores y orientaciones de utilidad para su diseño, implantación, desarrollo y consolidación como herramienta coadyuvante de la mejora de la gestión pública iberoamericana. Vid. CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Chile. 1 de junio de 2007. XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. 10 de noviembre de 2007. Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago. Disponible en línea: <http://www.gobiernoenlinea.ve/documentos/CartaIberoamericanadeGobiernoElectronico.pdf> [11.09.2011]

No obstante, existen serias dificultades en el tema, que CÁRDENAS ZORRO sintetiza de la siguiente forma: *i)* la falta de políticas gubernamentales adecuadas, *ii)* la ausencia de una infraestructura tecnológica acorde con la realidad de los negocios y, *iii)* una *inseguridad jurídica* palpable entorno a la eficacia y validez de los negocios celebrados en este entorno digital⁸¹.

Es palmaria la necesidad de que la Comunidad Andina inicie un proceso para ir eliminando gradualmente los obstáculos políticos, técnicos y jurídicos mencionados. En torno a estos últimos, estableciendo un marco jurídico armónico, claro, sencillo y compatible con las normas vigentes a escala internacional, siguiendo el ejemplo de la Unión Europea.

Por otro lado, en el marco del Proyecto Andino de Competitividad⁸², ARAOZ Y VAN GINHOVEN, evaluaron la preparación de los Países Andinos para integrar las redes de tecnologías de la información, estudiando particularmente el caso peruano, encontrando que con la legislación actual, a nivel interno se pueden satisfacer algunas necesidades, pero en un mundo globalizado es necesario propugnar por una integración normativa⁸³.

En este mismo sentido, SILVEIRA al analizar el marco legal del comercio electrónico en América Latina explica la necesidad de

81 CÁRDENAS ZORRO, M.J. E-comercio andino. *Portafolio*. 2000. Edición en línea:

<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm> [3.09.2011]

82 El Proyecto Andino de Competitividad (PAC) es un programa auspiciado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) con el apoyo del Centro para el Desarrollo Internacional (CID) de la Universidad de Harvard y el Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible (CLACDS) del INCAE con el objetivo de elaborar una Nueva Agenda de Desarrollo de los Países Andinos. Dentro de los componentes del PAC se destacan los siguientes: *i)* Índices de Competitividad, *ii)* Vulnerabilidad de los choques externos, *iii)* Acceso a Internet, *iv)* Legislación Ambiental, *v)* Logística y, *vi)* Inversión Extranjera Directa.

83 *Cfr.* ARAOZ M. Y VAN GINHOVEN S. *Preparación de los países andinos para integrar las redes de tecnologías de la información*. Proyecto Andino de Competitividad. Universidad del Pacífico. Perú. 2001. Disponible en línea: http://www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/workingpapers/it/it_peru.pdf [3.09.2011]

armonizar la normativa aplicable, propugnando especialmente por el establecimiento de *Normas Uniformes sobre Documentos y Firmas Electrónicas* a nivel Americano, sobre la base de la neutralidad normativa (en oposición a la especialización que caracteriza algunas legislaciones) y una perspectiva real de la situación regional⁸⁴.

Así mismo, describe como elementos que impiden la adaptación de las normas a la realidad Latinoamericana, los siguientes: *i)* la terminología empleada; *ii)* la elección de la ley y la jurisdicción aplicable; *iii)* las entidades de certificación y, *iv)* la protección al consumidor, como el gran reto del legislador.

Por su parte, la ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI)⁸⁵ celebró, en el mes de junio de 2001, un Seminario denominado “*Situación Actual y Perspectivas del Comercio Electrónico en la Región*”, en el cual se resaltó la importancia de elaborar y proponer la generación de directrices comunes básicas para la regulación del comercio electrónico en Latinoamérica, en tanto se requiere desarrollar un sistema regulatorio claro y predecible, con estabilidad en el tiempo, no discriminatorio, y que otorgue el marco jurídico adecuado para la expansión del acceso a las TIC’s, el cual debe reposar sobre una cuestión central: el desarrollo de una normativa contractual vinculante, con un derecho y con una jurisdicción aplicable⁸⁶.

84 Cfr. SILVEIRA, M. (2001). Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable. *Revista de la contratación electrónica*. [Disponible en línea: <http://europa.sim.ucm.es/compludoc/AA?a=Silveira%2c+Mariana+C%2e&donde=castellano&zfr=0>] La **Revista de la contratación electrónica** publicada por la Editorial EDICIP (Madrid, España) posee como materia de estudio la contratación informática y el comercio electrónico. Vid: http://v2.vlex.com/es/ppv/doctrina/fuente_59

85 La ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI) es un organismo de integración económica intergubernamental de América Latina, creado mediante el Tratado de Montevideo suscrito el día 12 de agosto de 1980, y a la cual pertenecen Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Más información: <http://www.aladi.org/nsfaladi/estudios.nsf/inicio2004> [3.09.2011].

86 Cfr. ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI). *Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en la región*. 2001. Disponible en línea:

Este mismo organismo presentó, en el año 2007, un “*estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las tecnologías de la información y las comunicaciones (tic) en otros esquemas de integración regional*”⁸⁷, en el cual se identifica y describe el tratamiento que adoptan otros esquemas de integración regional⁸⁸ respecto de la infraestructura de TIC, comercio y gobierno electrónico, uso de documentos electrónicos y firma digital, brecha digital y la normativa correspondiente.

El mencionado estudio, destaca que la CAN se ha esforzado en aumentar el acceso a las TIC y reducir la brecha digital, sin embargo, no ha realizado reglamentaciones específicas sobre temas de gran importancia en el uso de las TIC’s, tales como: seguridad, firmas digitales, protección de datos, entre otros⁸⁹.

De lo anterior, surge una primera conclusión orientada a que la preocupación por la integración o armonización normativa a nivel de la Comunidad Andina es latente, razón por la cual es imperativo determinar los elementos legales que posibilitan la unificación normativa, como un mecanismo para incrementar la competitividad

<http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/ceb8a0c5450bdab803256a79004f67cc/4ea21444af6077b103256a790050e7ad?OpenDocument> [3.09.2011].

87 Cfr. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las tecnologías de la información y las comunicaciones (tic) en otros esquemas de integración regional. 2007. Disponible en línea: <http://www.aladi.org/nsfaladi/integracion.nsf/eeeed45bc6bcdcf7032574fd00627b37/a700424971590eed032574b900470f5f?OpenDocument> [03.09.2011].

88 El documento en referencia estudia, entre otros, los siguientes bloques de integración regional: NAFTA (Tratado de Libre Comercio entre EEUU, Canadá y México), CAFTA-DR (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana), CARICOM (Comunidad del Caribe), CAN (Comunidad Andina), MERCOSUR (Mercado Común del Sur), UE (Unión Europea), ECOWAS (Comunidad Económica de Estados de África Occidental), ASEAN (Asociación de Naciones del Sureste Asiático).

89 El estudio aludido resalta, además, la necesidad de implementar programas de promoción en el uso de TIC’s en los siguientes sectores: empresarial, educación y gubernamental. Así mismo, se recomienda la creación de Agendas de Conectividad comunes con el fin lograr la integración de los países en el sector telecomunicaciones.

de los países miembros en aras de mejorar la ventaja cooperativa de la región ante los nuevos miembros de la comunidad económica mundial.

Ahora bien, es también pertinente destacar que durante la Sexta CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP-VI)⁹⁰, se aprobó la Resolución No. 05 del 8 de febrero de 2002, en la cual se recomienda a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos la adopción de regímenes legales sobre documentos y firmas electrónicas compatibles con los instrumentos internacionales, especialmente con las Leyes Modelo elaboradas por CNUDMI en 1996 y 2001.

Es importante resaltar que la delegación de Estados Unidos, como documento de trabajo previo, aportó a la CIDIP-VI, un proyecto de *Reglas Uniformes Interamericanas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas*, caracterizado por sus disposiciones predominantemente autorregulatorias para los actores del comercio internacional⁹¹.

Respecto al proyecto en mención, la CIDIP-VI manifestó su interés así como recomendó a los países el estudio del mismo para que en el marco de la soberanía estatal consideren su integración como

90 La CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP) es convocada por la Organización de Estados Americanos (OEA) por medio de la Secretaría de Asuntos Jurídicos con el fin de ayudar y apoyar la armonización y codificación del Derecho Internacional Privado en el Hemisferio Occidental. Más información:

http://www.oas.org/DIL/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm [03.09.2011].

91 Según lo planteado por DREYZIN DE KLOR, la autorregulación es defendida por aquellos que consideran que la red debería estar gobernada por los propios usuarios. Sobre este particular, continúa la autora, afirmando que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados, encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco tan heterogéneo, más aún si se tiene en cuenta que la desconfianza y la falta de seguridad y protección al consumidor son dificultades generalizadas en el ámbito del *e-commerce*. Vid. DREYZIN DE KLOR, A. Derecho aplicable al comercio electrónico. En AAVV. *Nueva lex mercatoria y contratación*. Globalización y Derecho privado. 2005. Disponible en línea: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/derecho%20aplicable.pdf> [03.09.2011].

legislación nacional, pero sin definir una posición clara sobre su pertinencia, contenido o aplicación del mismo.

La CIDIP-VI se erigió como un escenario propicio para facilitar la discusión y estudio de formulación de una propuesta unificada entorno al valor jurídico de los documentos y firma electrónicos, que recoja las diferentes tendencias normativas existentes en América Latina. Es así como, en el año 2004, la misión permanente de Estados Unidos para la CIDIP propuso que la séptima conferencia de este organismo abordara el estudio del proyecto.

No obstante las necesidades palpables en torno al tema, la Asamblea General de la OEA determinó, mediante Resolución 2217 del 6 de junio de 2006, que los esfuerzos durante la séptima versión de la CIDIP se orientarían a establecer instrumentos unificados en torno de Protección al Consumidor y Registros de Garantías Mobiliarias⁹². Con lo anterior, se alejó la posibilidad de encontrar el apoyo a una propuesta unificada entorno al valor jurídico de los documentos y firma electrónicos por parte de la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

Esta circunstancia es, sin duda, un revés en el largo camino de armonización y unificación normativa en América Latina en torno a la contratación electrónica. Sin embargo, la decisión de la Asamblea General de la OEA se explica por sí sola, si se tiene en cuenta lo expuesto por HILBERT, BUSTOS Y FERRAT, en un informe para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, en el cual, luego de describir el incipiente estado de desarrollo de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, resaltan que las estrategias nacionales están principalmente orientadas hacia

⁹² La CIDIP VII se llevo a cabo en Washington, DC, entre los días 7 y 9 de octubre de 2009, esta reunión se aprobó el Reglamento Modelo para el registro en virtud de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. El reglamento está disponible en línea:

<http://asadip.files.wordpress.com/2009/10/cidip-vii-model-regulations-rev-2-ce00427s04-10-19-09.pdf> [03.09.2011].

los problemas básicos de infraestructura, en comparación con Europa y Estados Unidos en donde el debate se centra en temas avanzados como la privacidad y confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales⁹³.

En consonancia con lo anterior, no sorprende que América Latina y el Caribe (ALyC) centre su desarrollo normativo y de planeación en temas como el acceso y la conectividad a las TIC y sean vistas como políticas para la infraestructura tecnológica, relegando a segundo plano las políticas orientadas a modificaciones sociales, económicas o jurídicas.

Desde otra perspectiva, IRIARTE AHON realiza un acercamiento a la situación del comercio electrónico en la región, enumerando y describiendo algunos de los problemas en la armonización a nivel regional, resaltando la diversidad de inclinaciones que se presentan, como un obstáculo para el desarrollo integral del comercio regional⁹⁴. El autor, en todo caso, destaca el esfuerzo de algunos estados en la formulación de políticas, pero expresa que las diferencias entre ellas no favorecen el progreso regional, y por el contrario estancan los esfuerzos de construir un bloque sólido y unificado⁹⁵.

A su turno, KATZ Y HILBERT, en un estudio para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, recomiendan,

93 Cfr. HILBERT, M.; BUSTOS, S. Y FERRAT, J.C. *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-. 2003. Disponible en línea: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/13815/Estrategias.pdf> [3.09.2011].

94 Cfr. IRIARTE AHON, E. *Sociedad de la Información: Políticas y Regulación en América Latina y el Caribe ¿hacia donde vamos los profesionales en Derecho y Nuevas Tecnologías?*. Revista de derecho informático Alfa-Redi. 2005. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3917> [03.09.2011]; IRIARTE AHON, E. *Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas*. Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe. 2006. Disponible en línea: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico-1.pdf [03.09.2011].

95 IRIARTE AHON, E. *Informe sobre Comercio electrónico en América Latina*. Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe. 2003. Disponible en línea: http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico.doc [03.09.2011].

como un elemento principal para la creación de un marco regulatorio para América Latina y el Caribe, alentar las comunicaciones y transacciones digitales, mediante el agotamiento de los debates en torno a temas como la seguridad y confiabilidad, la certificación y los contratos electrónicos, los sistemas de pago electrónico y la protección al consumidor⁹⁶.

Así mismo, del informe se concluye que el marco normativo, esto es la legislación, sobre los ámbitos electrónicos constituyen un área política que debe considerarse al interior de los bloques comerciales, de forma armónica con las tendencias y propuestas mundiales, pues en los casos en los cuales se produzcan efectos comerciales negativos, se acude a medidas regulatorias de equivalencia comercial.

Por su parte, GORENA BELLING expone que el incipiente desarrollo en la utilización del comercio electrónico al interior de la Comunidad Andina ha impedido que se dimensione la importancia y los beneficios de esta moderna herramienta. En este sentido, los legisladores han realizado esfuerzos en la búsqueda de respuestas reguladoras al conjunto de problemas del comercio electrónico⁹⁷.

El autor en cita, sostiene que el desarrollo de un marco legislativo para el comercio electrónico debe iniciar en el ámbito contractual, esto es con el desarrollo previo de normas jurídicas que regulen la contratación digital y que permitan la identificación de los contratantes, permitiendo el perfeccionamiento y asignando efectos legales a las transacciones por medios electrónicos, en contravía del ambiente legal basado en el papel. E incluso, va más allá, en tanto propone la creación

96 Cfr. KATZ, J.M. Y HILBERT, M. *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-. 2003. [Disponible en: <http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/9/12899/lcg2195e2.pdf> [03.09.2011]]

97 GORENA BELLING, L.F. *La legislación del comercio electrónico de los servicios profesionales en la Comunidad Andina*. Biblioteca Digital Andina. Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia. 2004. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/BO-INT-0002.pdf> [03.09.2011].

de una entidad certificadora comunitaria como mecanismo para el desarrollo de un adecuado sistema de acreditación o certificación, que permita el surgimiento de efectos de responsabilidad civil y penal de personas determinadas.

DREYZIN⁹⁸ explica que se han formulado diferentes teorías en torno a quién y cómo se debe reglamentar el comercio electrónico, en particular en torno a la determinación de la “ley” aplicable a las relaciones jurídicas de naturaleza privada que se generan en este contexto: La más primaria de ellas, es la argumentación planteada por quienes entienden (por ejemplo, JOHN BARLOW) que al no tener dueño, el ciberespacio no queda sujeto a las reglas nacionales que aplican los estados en sus respectivos territorios. Esta teoría ya ha sido invalidada pues olvida que en estas relaciones jurídicas surgen conflictos que precisan de solución, además, porque esta enunciación torna en utópicos sus fundamentos al separar, de manera tajante, el mundo real del ciberespacio, como si no estuvieran protagonizados ambos por equivalentes actores.

Por otra parte, la autorregulación, como segunda teoría, es un planteamiento defendido por quienes optan por pensar que la “red” debería estar gobernada por los propios interesados, esto es por los usuarios, justificando su posición en la analogía entre la *lex mercatoria* y *lex informática*. La autorregulación, posee una gran acogida en las relaciones comerciales B2B, pero en el actual contexto del comercio electrónico, esto es que no se restringe a las relaciones entre comerciantes, surge la pregunta sobre ¿Cómo alcanzar consenso entre los millones de usuarios que hoy operan valiéndose de la vía electrónica?

Así pues, concluye DREYZIN DE KLOR, que el pretendido carácter consensual de las normas elaboradas por los interesados, encuentra una barrera en la dificultad de lograrse en forma generalizada en un marco

98 Op. Cit. DREYZIN DE KLOR, A. *Derecho aplicable al comercio electrónico*.

tan heterogéneo, más aún si se tiene en cuenta que la desconfianza y la falta de seguridad y protección al consumidor son dificultades generalizadas en el ámbito del *e-commerce*.

En oposición a lo anterior, surge el Estado como ente regulador, en otras palabras, como ente idóneo para asumir la creación de normas jurídicas en función de la legitimidad democrática que los caracteriza tanto para elaborar las reglas como para hacerlas cumplir, bajo la premisa que el ciberespacio no es un lugar nuevo sino, en todo caso, un lente o un filtro a través del cual se mira el mundo.

Sin embargo, cuando los Estados, individualmente considerados, reglamentan el comercio electrónico, tienden a establecer un sistema de normas que atienda una necesidad particular e individual bajo un esquema de espacio-tiempo limitado, dejando de lado la internacionalidad, como elemento sustancialmente inherente al fenómeno. Dicho carácter internacional, conduce a reflexionar acerca del tratamiento jurídico más conveniente para su regulación.

En este sentido, aunque es importante contar con fuentes nacionales, la metodología apropiada para eliminar la disparidad de los ordenamientos nacionales es la unificación normativa, en el entendido que este nuevo marco jurídico reconocerá la vocación internacional y lo cambiante de las situaciones particulares propias del comercio electrónico

De todo lo anterior, se resalta que existen documentos, académicos y políticos, que muestran la necesidad imperiosa de armonizar o unificar la normativa respecto del entorno digital. Sin embargo, el atraso en infraestructura, equipos, acceso y tecnologías, orientan las políticas nacionales hacia temas básicos, alejándose del debate sustancial que se viene dando en Europa y Estados Unidos.

Es evidente que la situación de la CAN es *embrionaria* pues: *i)* a pesar que los países miembros poseen reglamentación vigente sobre el tema, las tendencias, orientaciones y disposiciones son divergentes, creando la existencia de una “inseguridad jurídica” en el tema, *ii)* no existen disposiciones legales comunitarias que regulen la contratación a través de medios electrónicos, lo cual incide en el desaprovechamiento de las posibilidades que ofrece el comercio electrónico para el desarrollo empresarial y económico de la región y, *iii)* porque la *búsqueda* de una normatividad andina común, respecto de la contratación por medios electrónicos, parece haberse quedado en pronunciamientos, políticas, objetivos o finalidades, pues a pesar del esfuerzo que, desde la CIDIP, ha realizado la ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, y algunas misiones permanentes para este organismo, el incipiente estado de desarrollo tecnológico en América Latina y el Caribe, obliga a las políticas estatales a decaer u ocuparse en los problemas básicos de infraestructura, en oposición al debate que, principalmente en Europa y Estados Unidos, se ha centrado en temas avanzados como la privacidad y confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales.

Es palmaria la necesidad de armonizar o unificar la normativa respecto de la contratación electrónica, de establecer principios y medidas que permitan dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones electrónicas. En otras palabras, es preciso encauzar los esfuerzos para conciliar las exigencias tradicionales frente a los equivalentes funcionales fundados en las técnicas electrónicas, porque el futuro está en la *integración regional* al amparo de la actual sociedad global del conocimiento. Sin embargo, es evidente que ninguno de los estudios ha determinado los *elementos normativos* que posibiliten la unificación a nivel de la Comunidad Andina, como un mecanismo de competitividad al interior de la comunidad económica mundial.

La necesidad actual de América latina, obviamente, no se restringe a los cuatro países miembros de la CAN, razón por la cual es preciso ser conscientes de una eventual globalización jurídica, razón por la cual el diseño de *normas* tiene que realizarse dentro de parámetros y principios que permitan su posterior compatibilización, de tal forma que, a futuro, se pueda contar con una regulación *sudamericana* (con la unión de la CAN y el Mercosur) del comercio electrónico en base a la convergencia normativa de estos dos procesos de integración.

1.4. La contratación a través de medios electrónicos, una perspectiva nacional en los países de la CAN.

Como se mencionó en el acápite anterior, el Documento de Lima reconoció la necesidad de incorporar en la Comunidad Andina normas que doten de seguridad las diferentes fases de las operaciones comerciales que utilizan recursos electrónicos. Desde un punto de vista cuantitativo, los países de América Latina y, en especial de la Comunidad Andina, evidencian una clara disparidad en su situación actual de acceso e infraestructura de TIC's, como se evidencia en la siguiente figura:

Figura 2.

Tabla comparativa de estadísticas nacionales en TIC's (América Latina y CAN)

Concepto	Comunidad Andina				Países Latinoamericanos de Referencia		
	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Brasil	Chile	México
Población (millones)	9,427	46,039	13,215	27.947	187,597	16,267	106.147
Producto nacional bruto por habitante	935	1.808	2.076	2.843	2.864	4.731	6.328
Índice de desarrollo humano	0,687	0,785	0,759	0,762	0,792	0,854	0,814
Tasa de alfabetización	86	92	92	90	85	96	91

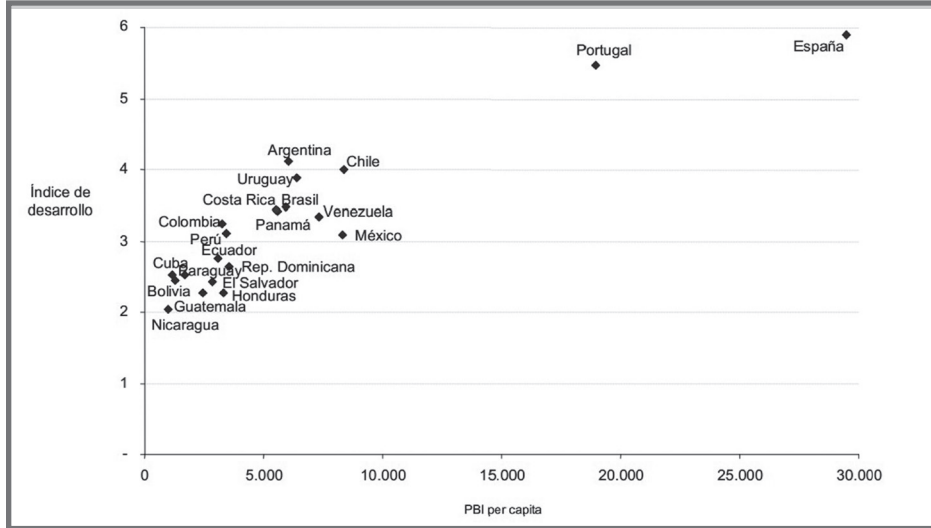
Concepto	Comunidad Andina				Países Latinoamericanos de Referencia		
	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú	Brasil	Chile	México
Tasa de alfabetización (varones)	92	92	94	95	85	96	93
Tasa de alfabetización (mujeres)	79	92	90	85	85	96	89
Aparatos de TV cada 1.000 personas	119	282	218	148	343	242	283
Aparatos de radio cada 1.000 personas	676	544	418	273	433	354	330
Teléfonos fijos cada 1.000 personas	6,97	17,14	12,22	7,49	23,46	21,53	17,22
Teléfonos celulares cada 1.000 personas	20,07	23,16	34,44	14,85	36,32	62,08	36,64
Computadores personales cada 1.000 personas	2,28	6,67	5,49	9,75	10,71	13,87	10,68
Usuarios de internet (miles)	350	4.050,20	624,6	3.220	22.000,00	4.300	14.036,50
Usuarios de internet por cada 100 personas	3,9	8,94	4,73	11,61	12,18	27,9	13,38
Teléfonos fijos cada 100 personas	6,97	17,14	12,22	7,49	23,46	21,53	17,22
Teléfonos celulares cada 100 personas	20,07	23,16	34,44	14,85	36,32	62,08	36,64

Fuente: Monitor de Políticas TIC en América Latina y el Caribe (ALC)⁹⁹

La situación es aún más preocupante si se tiene en cuenta que existe una correlación entre el nivel de desarrollo económico y el digital. En este sentido, la *brecha digital* es abrumadora en relación a países desarrollados, como se evidencia en las siguientes ilustraciones:

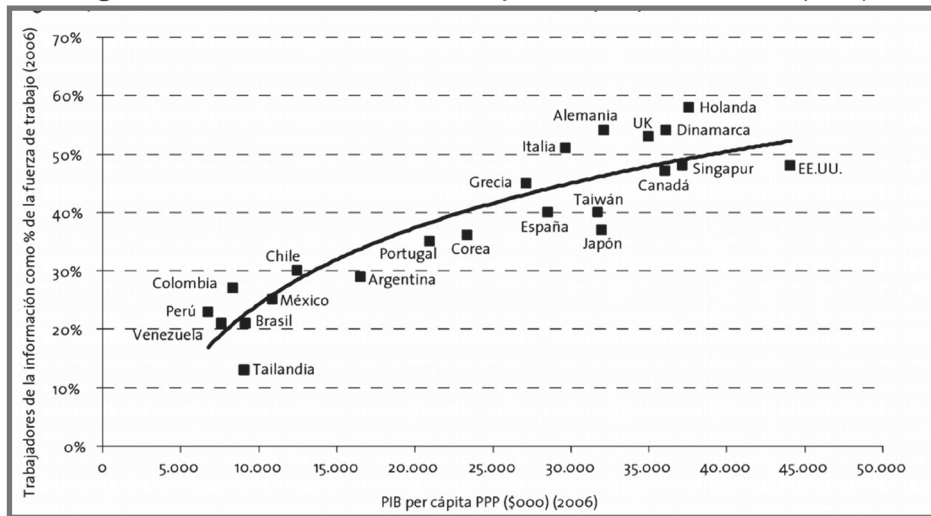
⁹⁹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Programa Sociedad de la Información. World Telecommunications Indicators Database. 2008. Publicados por Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC). Monitor de Políticas TIC en América Latina y el Caribe (ALC). Disponibles en línea: http://derechos.apc.org/lac/es.shtml?apc=se_1 [18.09.2011]

Figura 3. Ingreso per cápita e índice de desarrollo de TIC (2007)



Fuente: CEPAL¹⁰⁰.

Figura 4. Sociedad de la Información y Crecimiento Económico (2006)



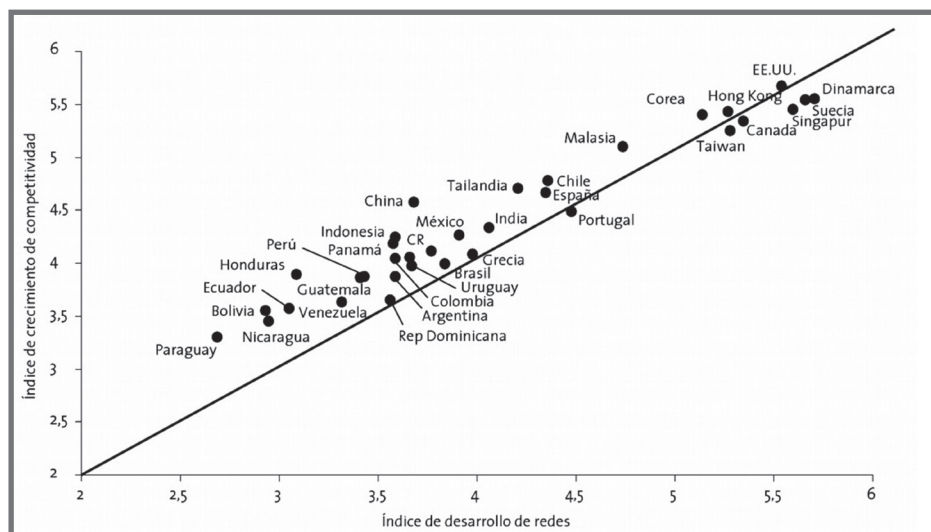
Fuente: The Economist; OIT Laborsta¹⁰¹.

100 GUERRA, M. JORDÁN, V. *Políticas públicas de Sociedad de la Información en América Latina: ¿una misma visión?* Organización de Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2010. Disponible en línea: <http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/1/39181/W314Esp.pdf> [19.09.2011]

101 KATZ, R. *El papel de las TICs en el Desarrollo. Propuesta de América latina a los retos económicos actuales.* 2009. Disponible en: http://cedoc.infed.edu.ar/upload/EI_Papel_de_las_TIC_

Como lo expresa KATZ, las TIC's generan efectos directos sobre la economía, la competitividad y el desarrollo de los países. En este sentido, expone que *“aquellos países que tienen un alto desarrollo de infraestructura de redes de comunicaciones tienden a mostrar una buena posición en términos de competitividad”*, en otras palabras, la asimilación de las TIC y el mejoramiento de la competitividad de una economía evolucionan de manera simultánea.

Figura 5. Competitividad y desarrollo de infraestructura



Fuente: World Economic Forum¹⁰²

Ahora bien, los ámbitos en que las TIC's ejercen un impacto en el desarrollo económico de los países son numerosos. KATZ¹⁰³, destaca cuatro:

en_el_Desarrollo_Katz.pdf [04.09.2011] Pág. 9
 102 KATZ, R. *El papel de las TICs en el Desarrollo. Propuesta de América latina a los retos económicos actuales*. 2009. Disponible en: http://cedoc.infid.edu.ar/upload/El_Papel_de_las_TIC_en_el_Desarrollo_Katz.pdf [04.09.2011] Pág. 17
 103 KATZ, R. *El papel de las TICs en el Desarrollo. Propuesta de América latina a los retos económicos actuales*. 2009. Disponible en: http://cedoc.infid.edu.ar/upload/El_Papel_de_las_TIC_en_el_Desarrollo_Katz.pdf [04.09.2011] Pág. 16

- i) Mayor eficiencia en el procesamiento de información en industrias con altos costos de transacción.
- ii) Reducción de costos de transacción entre empresas.
- iii) Capacidad de innovación que puede ser incrementada como consecuencia de una mejor colaboración entre empresas vinculadas en un mismo ecosistema.
- iv) Procesos productivos estandarizados de naturaleza modular que permiten una flexible reconfiguración y simplificación de tareas.

Así las cosas, es evidente que las TIC's son un elemento dinamizador de la economía y del desarrollo en los diferentes países. En este sentido, y en consonancia con los diferentes esfuerzos que a nivel internacional se han generado, los Estados de la Comunidad Andina fueron adoptando en sus ordenamientos internos marcos regulatorios relativos a la contratación electrónica, como se explicará a continuación. Sin embargo, la normatividad en el ámbito nacional está orientada a las instituciones, principios o normas propias de cada legislación, esto es, sin que se evidencie una vocación de internacionalidad en los mismos o una *visión regional* propia.

1.4.1. Bolivia

El Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante Bolivia) es el ordenamiento jurídico que más tarde reaccionó en la incorporación de normas relativas a la contratación electrónica. Al respecto, es preciso mencionar la existencia de la Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico (en adelante Ley de Comercio Electrónico de Bolivia o LCEB), aprobada por unanimidad en el Congreso Boliviano en el mes de agosto de 2007, pero respecto de la cual no se han encontrado referencias sobre su publicación en la Gaceta Oficial¹⁰⁴.

¹⁰⁴El CENTRO DE PROMOCIÓN BOLIVIA (CEPROBOL), institución que adelanta el Programa Boliviano de Comercio Electrónico, presta asesoría a las empresas para la

En todo caso, y dado que la LCEB ya fue aprobada por el H. Congreso Boliviano, ha de incorporarse en el presente estudio, como una norma en proceso de vigencia. En este sentido, es preciso advertir que, de conformidad con el artículo 1, el ámbito de aplicación de la LCEB se centraba en el reconocimiento de la eficacia jurídica, en sentido amplio, de: *i)* los actos jurídicos, civiles, comerciales o de cualquier otra índole, celebrados mediante medios electrónicos u otros de mayor avance tecnológico y, *ii)* el uso de firmas electrónicas debidamente certificadas por una Entidad de Certificación acreditada bajo lo estipulado en la presente ley¹⁰⁵.

En torno a la celebración de contratos por medios electrónicos, la LCEB dispone, artículo 7.II, que lo expresado en ella no altera la normatividad interna relativa a la contratación, sino que por el contrario complementa las normas relativas a la celebración, formalización, validez, eficacia y extinción de los contratos y cualquier otro acto jurídico efectuado por medios electrónicos u otro de mayor avance tecnológico.

En este punto es preciso destacar, que JIJENA LEIVA resumió los objetivos del proyecto de LCEB, con fundamento en los trabajos y discusiones previas, de la siguiente forma: *i)* regular los documentos

implementación de medios electrónicos en el desarrollo de su objeto social propio, así como un seguimiento a la normatividad sobre la materia, en donde se constata que, a la fecha de presentación de este documento, existe normatividad APROBADA por el H. Congreso Nacional de Bolivia, más no hay registro de haber sido sancionada o promulgada. El proyecto se denominó: “Ley de documentos, firmas y comercio electrónico” (Proyecto de Ley No. 080 de 2007). Así mismo, se consultó la página Web del H. Congreso Nacional de Bolivia (www.congreso.gov.bo) y no se encontró registro sobre el mismo. Ahora bien, de conformidad con la Disposición Final primera, la Ley entrará en vigencia plena a los dieciocho (18) meses después de su publicación en la Gaceta Oficial de Bolivia. De acuerdo con lo anterior, es válido afirmar que a la fecha de este documento el proyecto no se encuentra en vigor, esto es, que en Bolivia no existe legislación vigente sobre la materia.

¹⁰⁵Es preciso advertir que, el artículo 2.IV de la LCEB, dispone que las disposiciones contenidas en dicha norma no son aplicables a los sistemas de pagos a través de medios electrónicos, en tanto corresponde al Poder Ejecutivo por intermedio del Banco Central de Bolivia fijar la normatividad aplicable.

y/o mensajes soportados electrónicamente, tanto públicos como privados, que dejen constancia del otorgamiento o la celebración de actos o contratos de cualquier naturaleza; *ii)* reglamentar el uso en ellos de mecanismos de firma electrónica; *iii)* reconocer el valor legal y probatorio de los documentos firmados electrónicamente; *iv)* disponer sobre los requisitos para su almacenamiento en repositorios; y, *v)* establecer los requisitos, obligaciones y responsabilidades de las Entidades Certificadoras privadas (empresas) o públicas (servicios) que autentiquen la identidad electrónica de los signatarios y, previa y obligatoriamente acreditadas ante una entidad fiscalizadora o por la ley -como ocurre con los servicios públicos-, presten servicios de certificación electrónica¹⁰⁶.

Ahora bien, desde el punto de vista de políticas públicas, Bolivia cuenta con algunos referentes y programas de importancia, así, por ejemplo, en el Plan de Desarrollo 2006-2011 “Bolivia Digna, Soberana, Productiva y Democrática para Vivir Bien”¹⁰⁷ se destaca que la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (CTI) “*son el instrumento fundamental para el Desarrollo y sus actividades son prioritarias para el Estado, en todos sus sectores de producción y servicios*”, razón por la cual adquieren un carácter transversal en el plan estratégico de Bolivia a futuro.

No obstante, también el documento confiesa que la situación actual de Bolivia se enmarca en una alta dependencia científica y tecnológica, que se une a la ausencia de políticas y acciones concretas para la inserción de la CTI, aunado al escaso apoyo financiero a actividades de investigación y desarrollo y, con un total desconocimiento de la

106JIJENA LEIVA, R.J. *Documentos, Firmas Electrónicas y Entidades Certificadoras: Contenido y Alcances de un Proyecto de Ley para Bolivia*. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. 2006. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6506> [4.09.2011]

107ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Plan Nacional de Desarrollo “Bolivia digna, soberana, productiva y democrática para vivir bien” Lineamientos Estratégicos. Decreto Supremo No.29272. 2007. Disponible el línea: www.cienciaytecnologia.gob.bo/PLANCITI/PNDGacetaOficialBolivia.doc [11.09.2011]

existencia de capacidades y potencialidades en los centros científico-tecnológicos.

Dado que el panorama no es alentador, se propuso la activación del Sistema Boliviano de Innovación, al cual se han de articular diversos planes y programas tales como: Inclusión Digital¹⁰⁸, Popularización de la ciencia y la tecnología, Centros de Formación Tecnológica, Movilización y formación de recursos humanos en investigación e innovación y, CTI en la educación formal y no formal.

De igual forma, se destaca la existencia de la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia (ADSIB)¹⁰⁹, creada el 19 de marzo de 2002 mediante el Decreto Supremo 26553¹¹⁰, como una entidad descentralizada adscrita a la Vicepresidencia, encargada de proponer políticas, implementar estrategias y coordinar acciones orientadas a reducir la brecha digital en el país, a través del impulso de las Tecnologías de la Información y Comunicación en todos sus ámbitos, teniendo como principal misión favorecer relaciones del Gobierno con la Sociedad, mediante el uso de tecnologías adecuadas.

Como se evidencia con anterioridad es evidente la situación de rezago en la formulación de normas y políticas nacionales en el tema de TIC's en Bolivia. Así mismo, es evidente que los programas actuales no muestran una influencia real en la sociedad. Esta circunstancia, sin

¹⁰⁸En la presentación del Plan Nacional de Inclusión Digital, se evidencian algunos datos que reflejan la situación de Bolivia en cuanto a las TIC's: La penetración de TIC en Bolivia es muy inferior a la de los demás países de la región, contando solo con un 34,2% de penetración en telefonía móvil (Colombia: 73,5%; Ecuador: 73,0% y Perú: 55,3%), un 7,1% en telefonía fija (Colombia: 17,1%; Ecuador: 13,4% y Perú: 9,7%) y un 0,4% en banda ancha (Colombia: 2,7%; Ecuador: 0,7% y Perú: 2,1%). SÁNCHEZ SARAVIA, R. Fundamentos Plan Nacional de Inclusión Digital. Programa Nacional de Inclusión Digital. 13 de abril de 2009. Disponible en línea: <http://www.slideshare.net/Webprende.com/p-r-e-s-e-n-t-a-c-i-n-plan-nacional-de-inclusion-digital-en-bolivia> [11.09.2011].

¹⁰⁹AGENCIA PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN BOLIVIA (ADSIB). Antecedentes. Disponible en línea: <http://www.bolnet.bo/adsibnueva/index.php> [11.09.2011]

¹¹⁰PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Decreto Supremo No. 26553. 19 de marzo de 2002. Disponible en línea: http://www.bolnet.bo/adsibnueva/decretos/Decreto_26553_img.pdf [11.09.2011]

duda preocupante, puede también, desde otra perspectiva, constituir una oportunidad, en tanto, el desarrollo de una *norma andina unificada* (quizás a nivel de Decisión) le serviría a Bolivia pues, no tendría que *adaptarse* a la nueva norma, sino que iniciaría de lleno su camino normativo con la norma ya unificada¹¹¹.

1.4.2. Colombia

La República de Colombia (en adelante Colombia) se destaca por haber sido el primer país de la CAN en adoptar normas relativas a la contratación electrónica, a través de la Ley 527 de 1999¹¹² mediante la cual se normatizó el acceso y uso de los mensajes de datos, de las firmas digitales y estableció las entidades de certificación (estos dos últimos aspectos que fueron posteriormente reglamentados mediante el Decreto 1747 de 2000¹¹³).

La Ley 527 de 1999 (en adelante Ley de Comercio Electrónico de Colombia o LCEC) se erige como el mecanismo a través del cual se adapta el ordenamiento jurídico colombiano a la tendencia actual de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a través de la incorporación rápida de la LMCE¹¹⁴. En este mismo sentido, la Corte

111 En este mismo sentido, IRIARTE AHON, E. *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Organización de Naciones Unidas. 2005. Disponible en línea: <http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloProductivo/5/LCW25/LCW25.pdf> [11.09.2011]. Pág. 29.

112 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 527 de 1999. Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.673 del 21 de agosto de 1999.

113 El Decreto 1747 del 11 de septiembre de 2000 se publicó en el Diario Oficial N44.160 del 14 de septiembre de 2000

114 Es realmente “rápida” la inserción realizada por el ordenamiento jurídico colombiano, en el sentido que la LMCE fue publicada en el año de 1996 y, tan solo transcurrieron 3 años, para que Colombia ya la incorporara como norma interna.

Constitucional de Colombia, en sentencia C-662/00¹¹⁵, reconoció que el origen se soporta en el trabajo de la CNUDMI al afirmar que:

*“(...) La Ley 527 de 1999 sigue los lineamientos del proyecto tipo de Ley modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI. En el caso Colombiano fue el producto de un proceso en el que participaron los sectores público y privado que tuvieron asiento en la Comisión Redactora de la que formaron también parte los Ministros de Justicia y del Derecho, Transporte, Desarrollo Económico y Comercio Exterior (...)”*¹¹⁶.

La Ley de Comercio Electrónico de Colombia se sostiene, entonces, en los principios estructurales de la propuesta armonizadora de la CNUDMI, en especial, del principio de equivalencia funcional, esto es, la paridad de las instituciones jurídicas del mundo material en el contexto digital, una vez se analiza el cumplimiento de las finalidades

115CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-662 de 2000. Colombia. M.P. Fabio Morón Díaz. La sentencia C-662 de 2000 decidió la exequibilidad de los artículos 10 a 15; 27 a 30 y 32 a 45 de la Ley 527 de 1999. La demanda se centró en definir si otorgar facultades para emitir certificados en relación con las firmas digitales, y en general cualquier otra autenticación o certificación que en el entorno digital sea posible, a las entidades de certificación es violatorio del artículo 131 de la Constitución Política de Colombia, por ser una función del resorte exclusivo de los Notarios como únicos depositarios de la fe pública. También, se estimaron como violados los artículos 152 y 153, por no haberse respetado la reserva de Ley Estatutaria ni el trámite especial señalado en dichas disposiciones.

116En particular, es pertinente resaltar que la exposición de motivos del proyecto de ley que se concretó en la Ley 527 de 1999, afirma que: *“El régimen legal modelo formulado por la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-busca ofrecer: (...) al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitieran eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permitiera un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de comercio electrónico(..). La ley modelo tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo”*. Cfr. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. Ley 527 de 1999. Disponible en línea: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10595> [11.09.2011]

y objetivos de la figura en el mundo digital¹¹⁷. Al respecto, la Guía para la incorporación de la LMCE elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), expone sobre el principio de equivalencia funcional que se trata de:

“un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico.(...) Cabe reseñar que la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos”¹¹⁸.

Ahora bien, la LCEC no es la única expresión normativa sobre la materia. Vale la pena resaltar también la Ley 588 de 2000¹¹⁹ que en el parágrafo 2 del artículo 1 que los notarios¹²⁰ y cónsules podrán

117 Vid. ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2008; REMOLINA ANGARITA, N. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. GECTI. Universidad de los Andes, 323-370. 2006. Disponible en línea: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf> [11.09.2011]; RINCÓN CÁRDENAS, E. Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006; OLIVERA, N.; PROTO, A. *La Juridicidad en la Sociedad de la Información ¿Qué pasa cuando el Legislador se abstiene?* Revista de derecho informático Alfa-Redi. 2006 Disponible en línea: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2152856> [11.09.2011]

118 Cfr. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. 1996. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf [11.09.2011]

119 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 588 de 2000. Por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial. Diario Oficial 44.071 del 6 de julio de 2000.

120 ORTEGA DÍAZ señala la reticencia del sector notarial a incorporar los documentos públicos electrónicos, por ver amenazada su injusta posición de privilegio. Así mismo, destaca las ventajas de inmaterialidad y ahorro en tiempo y dinero de implementar el documento público electrónico. Sin embargo, este ámbito no está exento de complicaciones derivadas de una legislación antigua que se ajusta con demasiados esfuerzos a las

transmitir como mensajes de datos, por los medios a los que se refiere el literal a) del artículo 2o. de la Ley 527 de 1999¹²¹, a otros notarios o cónsules, copias, certificados, constancias de los documentos que tengan en sus archivos, así como de los documentos privados que los particulares quieran transmitir con destino a otros notarios y cónsules o personas naturales o jurídicas.

A este respecto, se destaca el avance que representa el párrafo de la Ley 588 en tanto permito el empleo de mensajes de datos para remitir documentos, públicos o privados, que reposen en las notarías o consulados entre ellos¹²². Sin embargo, es una victoria a medias, pues la redacción del citado párrafo también indica que, aunque se ha reconocido que el mensaje de datos dota de mayor seguridad a las transacciones dadas sus características de autenticidad, permanencia, integridad, inalterabilidad y originalidad, no le ha sido reconocida la entidad suficiente como para satisfacer o ser equiparado a la Escritura Pública. Este tipo especial y solemne de documentos es exigido como

exigencias tecnológicas de nuestros días. Cfr. ORTEGA DÍAZ, J.F. *Contratación, notarios y firma electrónica. Una propuesta de modernización para el notariado latino*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. 2010.

121 Literal a) del artículo 2o. de la Ley 527 de 1999. Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

122 *Vid.* Resolución Núm. 643 del 17 de febrero de 2004, expedida por el SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO, en Colombia, que establece las pautas necesarias para que las Notarías ofrezcan a los ciudadanos la posibilidad de remitir electrónicamente copia de las escrituras públicas que deban inscribirse en alguno de los registros públicos a cargo de las Cámaras de Comercio.

En España, GARCÍA MAS, sostiene que : “Dentro de las infraestructuras tecnológicas del notariado, el elemento clave es la existencia de la firma electrónica notarial,, que en la terminología de la reciente Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, se trata de una forma electrónica reconocida, es decir la de más alto nivel de calidad y de seguridad. La tecnología base es la suministrada por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Real Casa de la Moneda, en virtud de un convenio celebrado entre ambas instituciones”. Cfr. GARCÍA MAS, F.J. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*, Valladolid, Lex Nova, 2004, P, 163.

formalidad sustancial en algunos contratos (p.e. compraventa de inmuebles y algunos tipos societarios¹²³)

En este escenario, los documentos y actuaciones preliminares al otorgamiento de la Escritura Pública podrán ser transmitidos mediante mensajes de datos, así como, incluso la escritura pública ya otorgada podrá ser remitida y compartida mediante medios electrónicos. Sin embargo, el otorgamiento de la escritura requiere, de forma insustituible, de una actuación física consistente en la presencia de los otorgantes en la escritura para imponer la firma manuscrita en el documento físico. En palabras de ESPINOSA QUINTERO, esta circunstancia deja entrever que en Colombia se mantiene el “culto del papel por el papel”, pues todavía no se ha dado aún el paso correspondiente a la acreditación de los notarios como autoridades de certificación de firma electrónica, como ya se hizo en España, en donde se les dio dicha autoridad y se les dotó a cada uno de los notarios de firma electrónica¹²⁴.

Sobre este particular, UMAÑA CHAUX sostiene una posición crítica al indicar que la LCEC es una norma interpretativa, como las muchas otras normas del ordenamiento que regulan los escritos, las firmas y los originales. Así pues, no se requiere que el ordenamiento jurídico colombiano establezca normas especiales para cada uno de los casos en que se pueden aplicar las TIC's, siendo suficiente la aplicación directa de la Ley 527 de 1999.

¹²³De conformidad con el artículo 110 del Código de Comercio colombiano (en adelante CCoC), las sociedades comerciales tipificadas en el estatuto mercantil, para ser personas jurídicas, deben constituirse por escritura pública. Sobre este mismo punto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el Art. 22 de la Ley 1014 de 2006 y por la ley 1258 de 2008. Así las cosas, las sociedades que requieren, para ser personas jurídicas, de ser constituidas mediante escritura pública son: *i*) las sociedades anónimas, limitadas, en comandita y colectivas, que cuenten con una planta de personal superior a Diez (10) trabajadores o activos totales por valor superior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes y, *ii*) las sociedades por acciones simplificadas, en las cuales se realice un aporte en especie de bien inmueble.

¹²⁴ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2008. Págs. 301 y siguientes.

Bajo este supuesto, por ejemplo, no es necesaria la referencia expresa de la Ley 588 de 200, para que un notario creara una escritura pública por medios electrónicos, sino que la norma que afirma que la escritura pública debe constar por escrito debe interpretarse a la luz de la existencia de los equivalentes funcionales¹²⁵. A pesar de la claridad, y vocación internacional de la posición de UMAÑA CHAUX, está no es la posición doctrinaria mayoritaria en el país, lo cual no deja de reafirmar que la inserción real de las TIC's en el ordenamiento jurídico colombiano no viene una norma en especial, sino que necesariamente ha de provenir de un cambio en la cultura jurídica, de tal forma que, en concordancia con ESPINOSA QUINTERO, se rescate el principio de consensualidad y, se desechen a la más profunda excepcionalidad las solemnidades, formas y ritos.

Ahora bien, desde el ámbito gubernamental es necesario resaltar la importancia del Plan Nacional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (PLANTIC), desarrollado por el Departamento nacional de Planeación en el año 2008, en el cual se formulan una serie de políticas, acciones y proyectos en ocho ejes principales, cuatro transversales y cuatro verticales, a saber: *los ejes transversales* (se tratan de aspectos de alto impacto sobre los distintos sectores de la sociedad): 1) Comunidad 2) Marco regulatorio, 3) Investigación, Desarrollo e Innovación y 4) Gobierno en Línea¹²⁶; *los ejes verticales* (son programas

¹²⁵Cfr. UMAÑA CHAUX, A. *Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la Ley 527 de 1999*. Revista de derecho comunicaciones y nuevas tecnologías. Bogotá D.C. Ediciones Uniandes 2005. Págs. 80-81; ORTEGA DÍAZ, J.F. *Contratación, notarios y firma electrónica. Una propuesta de modernización para el notariado latino*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. 2010.

¹²⁶En España, el profesor GARCÍA COSO refiere como al amparo de las Directivas 93/36/CE, modificada por la Directiva 97/52/CE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CE, modificada por la Directiva 97/52/CE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obra; Directiva 92/50/CE, modificada por Directiva 97/52/CE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios y Directiva 93/38/CE modificada por la Directiva 98/4/CE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía, transporte y telecomunicaciones; se buscó armonizar las legislaciones de los Estados

miembros, en aras de la consecución del mercado interior europeo de la contratación pública, y de conseguir una mayor transparencia, así como de eliminar la discriminación por razón de nacionalidad en la contratación pública, pero con la advertencia de que dichas directivas «[...] no contienen ninguna disposición específica que prohíba el uso de medios electrónicos para la contratación pública. Sin embargo, tampoco ninguna de las Directivas señaladas contiene disposiciones que faciliten el uso de la contratación electrónica». Resalta, igualmente que, diversos artículos exigen el uso de documentos escritos para las comunicaciones con las administraciones públicas de los Estados miembros, contemplando en algunos casos el recurso obligatorio a contratos escritos como requisito imprescindible a la hora de presentar la documentación oficial, concluyendo que se hizo predominar, en varias disposiciones, la fórmula escrita, descartándose los medios electrónicos con carácter general. Por ejemplo, la Directiva 92/50 exige en diversas disposiciones la forma escrita – por vía de ilustración, el contrato de adjudicación-. Finalmente, el profesor GARCÍA COSO, señala como a través de las Directivas 2004/17, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOCE L134/1, de 30.4.2004 y DOCE L134/114, de 30.4.2004), dieron cobertura legal para crear de forma real el espacio europeo único de contratación pública electrónica y en las que, expresamente se indica que las menciones a formas escritas podrán comprender la información transmitida y almacenada por medios electrónicos. *Cfr.* GARCÍA COSO, E. *El futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea*. En AAVV Contratación Electrónica. Bogotá D.C. Universidad del Rosario, 2006. Pp. 214-219.

Al respecto, RIVERA CORTÉS expone que “(...) más que una mayor reglamentación respecto del procedimiento administrativo, como abogan algunos, se requiere dar el salto a la implementación, teniendo presente que las TIC’s son un medio y no un fin en sí mismas y que garantizada su inalterabilidad y su seguridad, son tan solo un instrumento para facilitar el acercamiento del ciudadano a la Administración y el ejercicio del control social a ésta”. De igual forma, RIVERA CORTÉS sostiene que es preciso masificar la utilización de la firma digital rescatando la tarea fijada por el CONPES 3620 de 2009, sobre la exploración de la posibilidad de utilizar una firma electrónica con seguridades que pudiera reemplazar la firma digital a un menor costo. RIVERA CORTÉS, L.A. *Procedimiento administrativo electrónico*. Tesis de Maestría. Dir. Érick Rincón Cárdenas. Universidad del Rosario. 2011.

BARRANTES VENEGAS expone que a pesar de los beneficios y avances en la modernización de los procesos de contratación, las entidades públicas son, todavía, “temerosas” de aplicar el mencionado Art. 3 de la citada Ley 1150, en tanto, expone la estudiante, “(...) no se han conocido casos en los cuales se han (sic) recibido ofertas por medios electrónicos –en procesos diferentes a los que utiliza la referida subasta a la inversa-, ni menos el expedir actos administrativos digitalmente o notificarlos tanto en la etapa precontractual como en la etapa contractual, o suscribir contratos con herramientas tecnológicas”. BARRANTES VENEGAS, C.P. *El acto administrativo por medios electrónicos en la legislación colombiana*. Tesis de Maestría. Dir. Carlos Ariel Sánchez Torres. Universidad del Rosario. 2009. Para un análisis sobre la importancia del CONPES 3620: CÁRDENAS ZORRO, M.J (Dir.), SABOGAL, A.F., SAAVEDRA, S.J. Debilidades de la normatividad y

para la mejor aplicación de las TICs en sectores prioritarios) 1) Educación, 2) Salud, 3) Justicia, y 4) Competitividad Empresarial¹²⁷.

El PLANTIC destaca la promulgación de una normatividad sobre comercio electrónico y certificación digital (Ley 527 de 1999 y Decreto 1747 de 2000), con la cual se ha buscado que estas herramientas se usen en estas unidades productivas, pero se muestra consciente que el comercio electrónico y los servicios financieros en línea no se encuentran tan desarrollados en el país¹²⁸.

En consecuencia, plantea como objetivo del PLANTIC el fomento del comercio electrónico en el país, a través de incentivos y de la acción coordinada de entidades que lo fomentan, tanto públicas como

barreras regulatorias para el desarrollo del comercio electrónico en Colombia. Grupo de Investigación Competitividad y mercados. Cuadernos de Investigación. Escuela de Administración. Universidad Sergio Arboleda. 2011.

127 Sobre la situación del comercio electrónico en Colombia: CARDENAS ZORRO, M.J. *Comercio electrónico en el ámbito multilateral y regional*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]; CARDENAS ZORRO, M.J. *Informe normativo sobre comercio electrónico*. Taller regional sobre ciberlegislación. Bolivia. 2011. Disponible en línea: <http://www.usa.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentación%20Dr%20%20Manuel%20J%20%20Cárdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20%20UNCTAD.pdf> [1.12.2011]; CARDENAS ZORRO, M.J. *De la sociedad industrial a la sociedad post industrial. Reflexiones con relación al caso colombiano*. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2010; CARDENAS ZORRO, M.J. *Cuál es la situación del comercio electrónico en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2009

128 En este punto, cabe destacar la existencia de programas de gran importancia orientados a propiciar el crecimiento y la incorporación de las TIC's en cada uno de los ámbitos de la sociedad, tales como: MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Proyecto vive digital Colombia. Disponible en línea: <http://vivedigital.gov.co/index.php> [11.09.2011]; MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Computadores para Educar. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2000. Disponible en línea: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/index.jsp?id=2971> [11.09.2011]; MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Programa Compartel. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2004 Disponible en línea: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/index.jsp?id=2971> [11.09.2011] MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Agenda de Conectividad. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2000. Disponible en línea: <http://67.18.244.130/~colombia/spip.php?rubrique12> [11.09.2011].

privadas, que incluya entre otros, la factura electrónica, la identidad digital y los certificados digitales¹²⁹.

De igual forma se destaca la formulación del Plan “Vive Digital”¹³⁰, el cual se ha descrito como “el plan de tecnología para los próximos cuatro años en Colombia, que busca que el país dé un gran salto tecnológico mediante la masificación de Internet y el desarrollo del ecosistema digital nacional”¹³¹. En este sentido, *Vive Digital* estimula los cuatro

129Sobre este particular, se rescata que el Decreto 1929 de 2007 faculta a los empresarios a expedir la factura electrónica, como un documento equivalente a la factura física, que soporta transacciones de venta de bienes y que para efectos fiscales debe ser expedida, entregada, aceptada y conservada por y en medios y formatos electrónicos. Así mismo, el 17 de junio de 2008, el legislador colombiano mediante la Ley 1231 de julio de 2008, desarrolla un marco normativo para la factura como título valor, incluida la factura electrónica, para lo cual delega en el Gobierno su reglamentación. Vid. RÍOS RUIZ, W.R. *Escenario y Marco Legal de la Factura Electrónica en Colombia*. Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes. 2007. Disponible en línea: <http://derechoytics.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=3&idarticulos=23&tipos=Ensayos> [11.09.2011]

130MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Plan Vive Digital. Colombia. Documento Vivo del Plan. Versión 1.0. Febrero de 2011. Disponible en : http://vivedigital.gov.co/files/Vivo_Vive_Digital.pdf

131El antecedente de política pública sobre comercio electrónico del actual Plan “Vive Digital” es el Documento CONPES 3620, en el cual se mencionan diversas recomendaciones para impulsar el comercio electrónico en Colombia, entre otras, las siguientes:

i) Solicitar al Ministerio de TIC, lanzar una estrategia con el apoyo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MCIT) y el SENA, a través de la cual se **divulgue los beneficios que puede traer el comercio electrónico en las Mipymes**; *ii)* Encargar al Ministerio de TIC, en compañía del MCIT, a través del programa MIPYME Digital, **adelantar una convocatoria exclusiva para la promoción de proyectos que tengan como base el comercio electrónico**; *iii)* Solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en coordinación con el DNP y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, elaborar una estrategia de fortalecimiento de sistemas de información que reporten la dinámica de mercados en diferentes canales de comercialización, y que además promuevan el uso de tecnologías de información y comunicaciones para la realización de transacciones; *iv)* Solicitar al MCIT, con el apoyo de la SIC y la Superintendencia Financiera, adelantar las gestiones que correspondan para definir un régimen específico de derechos de los usuarios de comercio electrónico; *v)* Solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con el acompañamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, adelantar: a. La definición de los atributos jurídicos de la firma electrónica con el objetivo de buscar esquemas alternativos a la firma digital. B. El diseño del mecanismo para minimizar los requisitos requeridos para autorizar la actividad de las entidades de certificación y proponer los ajustes hasta doce meses después de aprobarse este documento. *Cfr.* CONSEJO

componentes del “Ecosistema Digital”¹³² mediante la expansión de la infraestructura, la creación de nuevos servicios a precios más bajos, la promoción del desarrollo de aplicaciones y contenidos digitales y el impulso a la apropiación tecnológica por parte de éstos¹³³.

Ahora bien, el Acuerdo PSAA06-3334 del 2 de marzo de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura, por el cual se reglamentó la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia, constituye un esfuerzo adicional del ordenamiento jurídico colombiano en la inserción de TIC's. El Acuerdo permite la realización de algunas actuaciones procesales por medios electrónicos, previo el cumplimiento de algunos requisitos técnicos básicos.

De igual forma, la Ley 1123 del 22 de enero de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado, en Colombia, en su artículo 72, prevé, a su turno, la notificación por medios de comunicación electrónicos, en relación con las decisiones que deban notificarse personalmente, las cuales podrán ser enviadas al número de fax o a la dirección de correo electrónico del disciplinable o de su defensor, si previamente y por escrito hubieren aceptado ser notificados de esta manera. No obstante, es pertinente aclarar que la notificación se entenderá surtida en la fecha que aparezca en el reporte del fax o en que el correo electrónico sea enviado.

NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia*. Documento CONPES 3620. 9 de Noviembre de 2009. Disponible en línea: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Dq41vHb2cFI%3D&tabid=907> [1.12.2011]. Págs. 30 -32

132ORDUZ MEDINA, R. *El comercio electrónico en cifras*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]

133Para una visión de la normatividad de comercio electrónico, desde la perspectiva del comercio exterior: CÁRDENAS ZORRO, M.J (Dir.), SABOGAL, A.F., SAAVEDRA, S.J. *Debilidades de la normatividad y barreras regulatorias para el desarrollo del comercio electrónico en Colombia*. Grupo de Investigación Competitividad y mercados. Cuadernos de Investigación. Escuela de Administración. Universidad Sergio Arboleda.

En este mismo sentido, de manera reciente, la Ley 1395 de 2010 en su artículo 120 indica que, a partir de su entrada en vigencia (12 de julio de 2010), se implementará la notificación por medios electrónicos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente, la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorpora, entre otras, la posibilidad de presentar peticiones, en cualquiera de sus modalidades, por cualquier medio tecnológico (artículo 5.1), la obligación de que las autoridades pongan a disposición información completa en las páginas electrónicas sobre la normatividad aplicable (artículo 8), la posibilidad de comunicar los actos administrativos por medio electrónicos (artículo 38) y, en particular el reconocimiento de que los procedimientos administrativos se podrán adelantar también a través de medios electrónicos (artículo 35, 53 al 64).

A su turno, la Ley 1564 de 2012 incorpora, en el artículo 103, la determinación del sistema jurídico de procurar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como, para que las actuaciones judiciales puedan realizarse a través de mensajes de datos, en plena concordancia con la Ley 527 de 1999. De igual forma, dispone que los funcionarios judiciales puedan usar una firma electrónica, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Superior de la Judicatura.

En todo caso, adicionalmente, no sobra destacar que la Corte Constitucional de Colombia ha estado abierta al reconocimiento del avance científico y tecnológico, admitiendo la existencia de un nuevo escenario tecnológico, en pleno desarrollo, lo que implica que dadas las especiales características que identifican la tecnología implícita en las páginas web y en los sitios de Internet, aconsejan que la labor de

interpretación normativa no se limite al campo del derecho nacional, sino que además tenga presente los elementos técnicos definidos por organismos a nivel internacional¹³⁴.

En todo caso, ha de mencionarse que desde la entrada en vigor de la LCEC a la fecha, se han generado y ampliado los diferentes escenarios de influencia de las TIC's en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad. Ejemplo de lo anterior es la conformación por parte de las 57 Cámaras de Comercio, a través de CONFECÁMARAS, de un mecanismo único nacional para el registro mercantil y el registro único de proponentes, que beneficia a los empresarios (Registro Único Empresarial – RUE)¹³⁵. A esta opción se suman otras como MUISCA¹³⁶

134Cf. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1147 de 2001. Colombia. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta sentencia se estudia La exequibilidad de la Ley 633 de 2000, que en su artículo 91, obligó a que “Todas las páginas web y los sitios de internet de origen colombiano que operan en el internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera”. La Corte condiciona la interpretación del artículo al indicar que la información que puede requerir la DIAN es la directamente relevante y estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones en ejercicio de sus competencias legales.

135El RUE es creado mediante la Ley 590 de 2000, y definido por el artículo 11. Su objetivo es reducir los trámites de los empresarios ante el Estado. Mediante el RUE se integró el registro mercantil y el registro único de proponentes, y tiene validez general para todos los trámites, gestiones y obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones especiales en materia tributaria, arancelaria y sanitaria. Mediante el RUE cualquier empresario puede acceder a toda la información empresarial, en cualquiera de las cámaras del país sin desplazarse de una ciudad a otra, beneficiándose además de los servicios en línea que presta el RUE, por ejemplo, en la prevención de casos de homonimia de sociedades o establecimientos de comercio. Vid. CONFECAMARAS. Registro Único Empresarial. Disponible en línea: www.rue.com.co [11.09.2011]

136El Modelo Único de Ingresos, Servicio y Control Automatizado (MUISCA) tiene por objeto agilizar, simplificar y modernizar todos los procedimientos tributarios, disminuir la burocracia y mejorar el servicio que se le presta al ciudadano. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- ha proferido diversos decretos y numerosas resoluciones, en relación con el uso obligatorio de los servicios informáticos electrónicos para la presentación de las declaraciones tributarias en forma virtual. Entre otros varios, se destacan los siguientes: Decreto 1849 del 9 de junio de 2006, Resolución 03859 del 24 de abril de 2006; Resolución 08551 del 2 de agosto de 2006; Resolución 08957 del 10 de agosto de 2006 y, Resolución 00057 de 2007.

de la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales¹³⁷, la Ventana de Enseñanza Empresarial (VEM)¹³⁸ y el Sistema de Información y Riesgo Empresarial (SIREM)¹³⁹ de la Superintendencia de Sociedades.

De acuerdo con lo anterior, es válido afirmar que la LCEC cumplió la función de ampliar el elenco de oportunidades, medios o alternativas para el funcionamiento de los procesos, los negocios, los contratos y, en general, de la vida en comunidad. Así mismo, constituyen un instrumento de agilidad y transparencia de los procesos. Sin embargo, la exigencia del “papel” por la sola “cultura del papel” es un obstáculo jurídico destinado a la extinción o expulsión de los ordenamientos locales. Es necesario oxigenar los esquemas jurídicos, y en particular, el esquema contractual, con mecanismos de flexibilización mediante la incorporación real de los principios del ambiente digital, como el de la equivalencia funcional, de tal suerte que el contrato, en su formación, cumplimiento y ejecución, pueda “respirar” en un entorno altamente tecnológico o digital¹⁴⁰.

137 En el ámbito de las operaciones de aduanas, por medio del Decreto 4149 de 2004, se crea la “Ventanilla Única de Comercio Exterior - VUCE” la cual es administrada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y es soportada en medios electrónicos por medio de los cuales las entidades administrativas relacionadas con las operaciones de comercio exterior comparten información, a efecto de tramitar autorizaciones y permisos relacionados con la importación y la exportación de bienes. La VUCE incorpora el uso de firmas digitales y de pagos electrónicos, basados en documentos XML, con los cuales se desmaterializan los documentos y trámites relacionados con las autorizaciones previas a las importaciones y exportaciones del país. CARDENAS ZORRO, M.J. *Comercio electrónico en el ámbito multilateral y regional*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]

138 La Ventana de Enseñanza Empresarial (VEM) es una plataforma virtual a disposición de los empresarios, en la cual pueden encontrar cursos de contabilidad, procesos de liquidación, conformación de sociedades, entre otros. Disponible en: <http://weblinux.supersociedades.gov.co/moodle/>

139 El Sistema de Información y Riesgo Empresarial (SIREM) es una amplia base de datos que se alimenta de los estados financieros que remiten las sociedades cada año a la Superintendencia de Sociedades y está a disposición de los usuarios, a través de una bodega de datos, con una herramienta que se llama IBM - DB2 Alphablox. Disponible en: <http://sirem.supersociedades.gov.co/SIREM/>

140 CÁRDENAS ZORRO indica que “el Gobierno nacional está preparando un Proyecto de ley para establecer el Marco General de Transacciones Electrónicas, teniendo en cuenta las leyes modelo de «Comercio Electrónico» y «firmas electrónicas» de la Uncitral y que

Finalmente, es necesario destacar que ESPINOSA QUINTERO sostiene que la construcción de los medios o instrumentos que permitan establecer las relaciones entre lo particular y lo universal, implican la búsqueda de valores universales o de categorías o proposiciones que acerquen dichos escenarios, como lo es el principio de libertad de forma de los contratos sobre el cual pueden construirse marcos jurídicos que armonicen las normas locales con las normas supranacionales sobre formación contractual.

Así pues, es preciso realizar una labor armonizadora y unificadora¹⁴¹, como desafío de los sistemas jurídicos latinoamericanos,

contará con capítulos especiales sobre Protección al consumidor electrónico, regulación de contenidos, propiedad intelectual, seguridad en línea e incentivos al comercio electrónico”. CARDENAS ZORRO, M.J. *Informe normativo sobre comercio electrónico*. Taller regional sobre ciberlegislación. Bolivia. 2011. Disponible en línea: <http://www.usa.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentación%20Dr%20Manuel%20J%20Cárdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20UNCTAD.pdf> [1.12.2011]; CARDENAS ZORRO, M.J. *Comercio electrónico en el ámbito multilateral y regional*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]

141 CÁRDENAS ZORRO sostiene que: “En los tratados de libre comercio que ha negociado Colombia, algunos de los cuales se encuentran en proceso de ratificación, se han incluido capítulos sobre comercio electrónico, que pueden en futuro contribuir a un mayor comercio electrónico internacional”. CARDENAS ZORRO, M.J. *Informe normativo sobre comercio electrónico*. Taller regional sobre ciberlegislación. Bolivia. 2011. Disponible en línea: <http://www.usa.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentación%20Dr%20Manuel%20J%20Cárdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20UNCTAD.pdf> [1.12.2011] Igualmente, CÁRDENAS ZORRO indica que los capítulos específicos de los Tratados de Libre Comercio, de última generación, suscritos (*USA, Canadá, Unión Europea y EFTA*), y en negociación el TLC con la Unión Europea.) y vigentes (*Chile, Triángulo Norte y México*) por Colombia, contienen en términos generales dos tipos de compromisos: i) unos compromisos que pueden denominarse simples, como: la obligación de tratamiento no discriminatorio, la aplicabilidad de las normas de la OMC y la moratoria por el no pago de impuesto y, ii) Unos compromisos profundos, relacionados con el levantamiento de barreras innecesarias, la protección del consumidor, la protección de datos personales y la firma electrónica. Sin embargo, se critica que los compromisos en materia de comercio electrónico no son, como los demás acuerdos, compromisos detallados, sino que por el contrario hacen referencia a preceptos generales que obligan a la aplicación de las normas nacionales o de otras disposiciones, razón por la cual se evidencia la necesidad de una integración normativa al respecto. Vid. CARDENAS ZORRO, M.J. *Comercio electrónico en el ámbito multilateral y regional*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]

con el fin de adaptar sus ordenamientos internos a los modernos modelos de formación contractual a través de medios electrónicos, atacando los obstáculos formales de existencia de los contratos y documentos basados en el clásico soporte papel. Es necesario encauzar los esfuerzos internacionales y regionales para conciliar las exigencias tradicionales frente a los equivalentes funcionales fundados en las técnicas electrónicas.

1.4.3. Ecuador

La República del Ecuador expidió la Ley No. 67 de 2002¹⁴² (en adelante Ley de Comercio Electrónico de Ecuador o LCEE), con la cual se establecen los parámetros jurídicos sobre los mensajes de datos, la firma electrónica (reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo No. 3496 del 31 de diciembre 2002¹⁴³), los servicios de certificación, la contratación electrónica, la prestación de servicios electrónicos (incluido el comercio electrónico) y la protección a los usuarios.

La Ley de Comercio Electrónico de Ecuador reconoce expresamente, en su artículo 45, que los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos y, que por este solo hecho no le será negada validez o fuerza obligatoria. Así mismo, en el artículo 46, dispone que el perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos, se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes.

Ahora bien, en este punto es preciso destacar que el desarrollo normativo de Ecuador en la materia se inspira, sin lugar a dudas en la LMCE de CNUDMI. No obstante, se evidencia que la normativa no se “conforma” con las propuestas de la aludida agencia formuladora internacional sino que, por el contrario, agrega un desarrollo particular

142Esta Ley se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 557 de 17 de Abril del 2002.

143Este Decreto se publicó en el Registro Oficial Suplemento No.735 del 31 de diciembre del 2002.

o especial, en tanto no solamente se centra en la validez de los mensajes de datos, sino que adiciona normas relativas a los Delitos Informáticos así como mecanismos de defensa del consumidor de servicios de “e-commerce”¹⁴⁴.

Desde el punto de vista de políticas públicas, Ecuador incorporó a las TIC's como un elemento relevante en el Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, denominado “Plan Nacional para el Buen Vivir, construyendo un Estado plurinacional e Intercultural”¹⁴⁵. El Plan nacional para el Buen Vivir concibe a las TIC's, no solo como un medio para incrementar la productividad, sino como el instrumento para generar una mayor participación ciudadana, la igualdad de oportunidades, fortalecer la identidad nacional, así como para promover la justicia en todas sus dimensiones.

Sin embargo, centra la preocupación del Estado, a partir del Plan Nacional de Desarrollo, en tres aspectos, dentro de los cuales no se encuentra ni el comercio electrónico ni la contratación por medio electrónicos, a saber: conectividad, dotación de hardware y el uso de TIC para la educación.

Ahora bien, se precisa que las políticas públicas relativas a las TIC's tienen como organismo central la Comisión de Conectividad¹⁴⁶,

¹⁴⁴Para IRIARTE AHON, la normatividad de Ecuador constituye un caso *sui generis*, similar al de Belice, en tanto no se restringen a la normatividad sugerida desde la UNCITRAL sino que generan desarrollos propios, en materias afines o relacionadas a la contratación electrónica. Vid. Op. Cit. IRIARTE AHON, E. *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*. (...) Pág. 26.

¹⁴⁵REPÚBLICA DEL ECUADOR. Plan Nacional para el Buen Vivir, construyendo un Estado plurinacional e Intercultural. Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013. Disponible en línea: <http://plan.senplades.gob.ec/documentos-del-pnbv> [11.09.2011]

¹⁴⁶Sobre el particular, Vid. JURADO VARGAS, R. Diagnóstico de las políticas de TIC en el Ecuador. Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales Flacso-E. Corporación gestión Social del Desarrollo. Quito. 2005. Disponible en línea: http://www.flacso.org.ec/docs/diagnostico_tic.pdf [11.09.2011]; CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (CONQUITO). Las tecnologías de la información y las comunicaciones en la competitividad de Quito. Alcaldía Metropolitana de Quito. 2007. Disponible en línea: http://www.conquito.org.ec/expoinquito/remos_downloads/Las_TIC_UIO.pdf [11.09.2011].

y como principal gestor al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) como encargado de la representación del Estado para ejercer las funciones de administración y regulación de los servicios de telecomunicaciones¹⁴⁷.

Estos organismo han promovido una serie de políticas institucionales, dentro de las cuales la más importante es la Agenda de Conectividad (Resolución N° 380-17-CONATEL-2000 del 5 de septiembre del 2000), la cual tiene como objetivo declarar como política de Estado el acceso universal y el servicio universal dentro de los servicios de telecomunicaciones, e impulsar la promoción del uso de la red de Internet, como herramienta para el desarrollo cultural, social, político y económico del Estado Ecuatoriano¹⁴⁸.

De igual forma, es destacable el programa Internet para Todos, creado por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución 399-18-CONATEL-2002 del 12 de junio de 2002, con el objetivo de apoyar la masificación del uso del Internet, permitiendo el acceso de la gran mayoría de la población a la red, sin distinción de condición económica, social, cultural, étnica o localización geográfica¹⁴⁹.

Así mismo, se han implementado programas tendientes a poder contar con la declaración de impuestos vía Internet¹⁵⁰, Comercio exterior

147 CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL). Misión. Disponible en línea: http://www.conatel.gob.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=50&Itemid=340 [11.09.2011].

148 Op. Cit. CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (CONQUITO). Las tecnologías de la información y las comunicaciones en la competitividad de Quito (...)

149 Op. Cit. CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (CONQUITO). Las tecnologías de la información y las comunicaciones en la competitividad de Quito (...)

150 El Servicio de Rentas Internas implementó un sistema para declaración de impuestos vía Internet. Disponible en línea: <https://declaraciones.sri.gov.ec/declaraciones> [11.09.2011]

“cero papeles” en el sector aduanero¹⁵¹ y medios electrónicos de pago interbancarios¹⁵².

1.4.4. Perú

La República del Perú (en adelante Perú) es el ejemplo perfecto de las diferentes estrategias que pueden existir en los Estados al formular disposiciones que regulen el comercio electrónico y, en particular la contratación electrónica.

En este sentido, como es evidente en todos los países preexisten normas, en extenso, que regulan los contratos, tanto en sus elementos generales como diferentes contratos en específico. No obstante, el reto de *actualizar* los ordenamientos jurídicos a los medios electrónicos es una materia diferente. El tratamiento generalizado, tanto en la comunidad andina como en el ámbito internacional, es la incorporación de una norma (generalmente una Ley, en sentido formal) cuyo objeto específico sea el comercio electrónico, los mensajes de datos y asuntos relacionados (como la firma digital y las entidades de certificación).

No cabe duda, que la generalización de este modelo obedece a la LMCE de UNCITRAL, en tanto que para el legislador es *más sencillo* adoptar un modelo legislativo ya elaborado, con la autoridad de la entidad internacional que lo promulga y la respetabilidad de los expertos que conforman las comisiones de trabajo.

Sin embargo, esta posición posee un problema. El problema es que la formulación de esta norma especial puede resultar en regulaciones sobre aspectos periféricos (como las firmas electrónicas

151 La Corporación Aduanera Ecuatoriana implementó el Sistema Interactivo de Comercio Exterior, SICE, el cual facilita las importaciones y exportaciones con el apoyo de medios electrónicos. Disponible en línea: <http://sice1.aduana.gob.ec/ied/> [11.09.2011]

152 El Banco Central del Ecuador (BCE) implementa el Sistema de Pagos Interbancarios que incluye un sistema nacional de cámaras de compensación, líneas de crédito bilaterales, sistema de títulos de valores y pagos en línea. Disponible en línea: <http://www.bce.fin.ec/documentos/ElBancoCentral/LeyTransparencia/Formularios/EspecificacionesTecnicas.pdf> [11.09.2011].

o digitales, entidades de certificación, guarda y almacenamiento de documentos, validez de documentos digitales, etc.) antes que normas sobre la contratación electrónica, en sí misma (formación del contrato electrónico, cumplimiento del contrato con obligaciones digitales, la oferta electrónica vs. El spam y la publicidad en internet, entre otros aspectos relevantes)¹⁵³.

En todo caso, se presenta otra forma de implementación normativa relativa, esto es, generar al interior del ordenamiento jurídico normas que adecuen la regulación de los códigos vigentes, de tal forma que se incluya la eventualidad de los medios electrónicos. Esta, no tan común, forma de normatizar fue la empleada por el Perú, que no posee una normatividad expresa sobre el comercio electrónico, sino que, por el contrario, cuenta con una Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica (específicamente, en lo referente a la forma de conocimiento y contratación entre ausentes)¹⁵⁴.

Es claro que la sola modificación del Código Civil no puede venir sola, pues se hace necesario, en todo caso, referirse a los denominados aspectos periféricos de la contratación electrónica. Así pues, en el caso peruano, el legislador decidió regular dichas materias por normas especiales.

153 Dado que excede el objeto del presente documento, no se realizará un estudio sobre la conveniencia o pertinencia de una u otra forma de implementación normativa en los Estados.

154 IRIARTE AHON explica que el caso de Perú no es único en América Latina. Al respecto indica que México es también un caso particular, puesto que la forma de enfocar la regulación respecto de la contratación electrónica fue por la adecuación de sus códigos vigentes, con modificaciones al código civil, código comercial y código del consumidor. Op. Cit. IRIARTE AHON, E. *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*. (...) Pág. 26.

En últimas, el proceso de normatización de Perú se sintetiza de la siguiente forma: i) La Ley 27291 de 2000¹⁵⁵, mediante la cual se modifica el Código Civil con el fin de permitir la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos y por lo tanto celebrar válidamente contratos utilizando medios electrónicos (en adelante LCEP), ii) la Ley 27269 de 2000¹⁵⁶ mediante la cual reguló la utilización de la firma electrónica y el funcionamiento de las entidades de certificación y, iii) la Ley 27310 de 2000¹⁵⁷ por la cual se modifica la Ley 27269 de 2000 con el único objeto de disponer que los Certificados de Firmas Digitales emitidos por Entidades Extranjeras tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocidas en la aludida Ley 27269, siempre y cuando tales certificados sean reconocidos por la autoridad administrativa competente.

Ahora bien, desde la perspectiva de las políticas públicas, se destaca la labor realizada por la Comisión Multisectorial para el Desarrollo de la Sociedad de la Información (CODESI)¹⁵⁸, entidad a quien se le encargo, mediante la Resolución Ministerial No. 181-2005-PCM (modificada por la Resolución Ministerial 397-2003-PCM), la elaboración del “Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú – La Agenda Digital Peruana”, el cual fue acogido mediante el Decreto Supremo No. 031-2006-PCM.

155La modificación al Código Civil, incorpora la posibilidad de realizar manifestaciones de voluntad expresa mediante un medio electrónico o cualquier otro análogo. Así mismo, se consagra que cualquier exigencia legal de formalidad puede satisfacerse a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

La Ley No. 27291 publicada en el Diario Oficial El Peruano del día 17 de junio del 2000.

156La Ley No. 27269 publicada en el Diario Oficial El Peruano del día 28 de mayo del 2000.

157La Ley No. 27310 publicada en el Diario Oficial El Peruano del día 17 de julio del 2000.

158La labor del CODESI se dio por concluida mediante la Resolución Ministerial No. 148-2005-PCM. Sin embargo, en el mismo año se dispuso la creación de una nueva Comisión, esta con la misión de realizar el seguimiento a la Agenda Digital Peruana (Comisión Multisectorial para el seguimiento y evaluación del Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú, Decretos supremos 318-2005-PCM y 381-2005-PCM).

Este importante instrumento de política pública, fue actualizado a los nuevos desarrollos de la tecnología y las nuevas exigencias internacionales (en particular las acogidas en la Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información – eLAC 2015¹⁵⁹), se aprobó, mediante el Decreto Supremo No. 066-2011-PCM, una “versión 2.0” del “Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú – La Agenda Digital Peruana”¹⁶⁰.

En esta “versión 2.0” de la Agenda Digital Peruana, se incluye (Objetivo 5, Estrategia 2) como uno de los mecanismos para mejorar la competitividad de las empresas, el impulso a los sistemas electrónicos de compras públicas y el fomento del comercio electrónico en el país. Para ello, la Agenda Digital Peruana propugna por establecer parámetros de seguridad a las transacciones y pagos electrónicos.

Asimismo, como programas o escenarios de impacto de las TIC’s en Perú, se destaca la implementación de la “Cámara de Compensación Electrónica”, con el fin de integrar el sistema financiero mediante una red interbancaria de tal manera que puedan efectuarse transferencias electrónicas de fondos entre diversas instituciones financieras y, finalmente, promover un marco jurídico que permita el empleo de documentos electrónicos con mayor eficiencia y validez, entre ellos, los comprobantes de pago electrónicos, que deberán de ser reconocidos por la entidad tributaria¹⁶¹.

159 La Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información – eLAC 2015- se llevó a cabo del 21 al 23 de noviembre de 2010 en la ciudad de Lima y en la cual los países se comprometen a formular políticas transversales para la incorporación de las TIC’s a la comunidad. Información disponible en: <http://www.eclac.org/elac2015/>

160 COMISIÓN MULTISectorIAL PARA EL SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL PERÚ. Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú. La Agenda Digital 2.0. Decreto Supremo No. 066-2011-PCM. 2011. Disponible en línea: http://www.codesi.gob.pe/docs/AgendaDigital20_28julio_2011.pdf [17.09.2011].

161 Sobre la Cámara de compensación Electrónica: Vid: BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. La cámara de compensación electrónica S.A. (CCE). Disponible en línea: <http://www.bcrp.gob.pe/sistemas-de-pagos/camara-de-compensacion-electronica.html> [18.09.2011].

De igual forma, es destacable la aprobación, el 20 de julio de 2011, en el Consejo de Ministros el proyecto de ley sobre el DNI Electrónico y el expediente electrónico. El proyecto tiene como objetivo, según la Primera Ministra Rosario Fernández declaró, que el Documento nacional de Identidad Electrónico que identificará al ciudadano frente al Estado, el cual podrá ser utilizado para el proceso de la votación electrónica, para almacenar diferentes tipos de información (p.e. ficha clínica del ciudadano, las huellas dactilares) y, adicionalmente, contará con la firma digital del poseedor que le permita realizar trámites desde cualquier lugar diferente a la institución pública, de manera segura¹⁶².

1.5. Conclusiones

La globalización, la integración regional, los procesos de armonización y unificación normativa y las TIC's, son los conceptos que marcan o definen el estado actual de la *Sociedad de la Información*. Las TIC's son consideradas hoy como elementos dinamizadores de los estados y las comunidades, en el sentido que su mayor o menor incorporación y adopción a la vida repercuten en elementos de tanta envergadura como el desarrollo económico y la competitividad.

En este sentido, el derecho como institución social orientada a la regulación de la vida en sociedad no está aislado de estas corrientes y situaciones, sino que, por el contrario, es un elemento determinante y estructural en la construcción, avance y desarrollo de la sociedad de hoy.

¹⁶²Cfr. COMISIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (CODESI). Se aprobó proyecto de ley sobre identidad digital y expediente electrónico. Noticias del Portal. Disponible en línea: http://www.codesi.gob.pe/titulares/TitularesView.php?cod_noticia=50 [18.09.2011].

Sobre la importancia del DNI Electrónico: Vid. GARCÍA MESTANZA, J. Impulso al desarrollo de la sociedad de la información. el DNI electrónico como catalizador. Revista de Economía Industrial. No. 370. 2008. Disponible en línea: <http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/370/111.pdf> [18.09.2011].

Sin embargo, las pretéritas instituciones, normas y disposiciones de los ordenamientos jurídicos no son suficientes para dar respuestas a la dinamicidad y especialidad de las TIC's y su manifestaciones. En otras palabras, las decimonónicas disposiciones de los sistemas jurídicos en relación a los contratos no se mostraban coherentes con las particularidades de las TIC's, lo cual sin duda alguna degeneraba en estados de inseguridad jurídica para las transacciones que se realizaban en el marco de la Sociedad de la Información.

Es por esta razón que, desde los diferentes ámbitos, se ha propugnado por la *actualización* de los ordenamientos jurídicos, y en general por la *expedición* de *normas*, apropiadas y coherentes con los nuevos retos del derecho contractual. Los primeros pronunciamientos en relación a la normatización de los contratos celebrados a través de medios electrónicos se originaron en las *agencias formuladoras internacionales*, que a través de instrumentos de *soft law*, entregaron las herramientas jurídicas esenciales para iniciar el camino hacia la regulación apropiada de la materia.

En este sentido, se destaca que la labor de UNCITRAL, a través de la formulación de la LMCE, de la LMFE y de la CUCEC, ha sido fundamental en los últimos años. Desde la perspectiva Europea, se encuentra también un esfuerzo internacional importante en la regulación, a partir de normas de derecho derivado, de la contratación electrónica y de sus agentes más débiles, los consumidores. De igual forma, la CCI ha realizado tareas importantes en la formulación de instrumentos que recojan los usos y prácticas de la sociedad de comerciantes, que sin duda repercuten o favorecen su quehacer comercial.

Es evidente que, desde la visión internacional, se cuenta con una multiplicidad de elementos normativos que dan cuenta de la relevancia del tema, así como marcan la senda o el camino de referencia.

Ahora bien, sobresalen de este marco internacional dos aspectos especialmente importantes a efectos de la presente investigación: El primero, la disposición de la comunidad internacional a regular los aspectos relativos a la contratación electrónica de forma armónica y, si fuera posible, unificada. La segunda, una marcada tendencia a que la aludida armonización se aborde, en primera medida, desde el punto de vista regional.

Es precisamente a partir de la predominancia de la regionalización como mecanismo de armonización, que surge la necesidad de revisar la situación de América Latina y de sus organismos o escenarios multilaterales de armonización. La CAN, como uno de esos escenarios, cuenta con más de cuarenta años de formación y cuenta con una estructura orgánica que le permite formular normas comunes aplicables en los territorios de los estados partes.

Ahora bien, la visión regional andina nos muestra un panorama, cuando menos, complejo. Desde la Declaración de Lima, los países han exteriorizado su compromiso común de garantizar el acceso de la población a los servicios de telecomunicaciones y establecer normas que doten de seguridad las diferentes fases de las operaciones comerciales que utilizan recursos electrónicos. Así mismo, todos y cada uno de los Estados evidencian la implementación de políticas públicas, las cuales tienen como objetivo asimilar las TIC's en los diferentes ámbitos de la vida en comunidad.

No obstante lo anterior, es pertinente resaltar que la implementación normativa de las TIC's no ha sido unánime. En primer lugar, Bolivia posee una norma aprobada, sin que se encuentre registro sobre su promulgación. En segundo lugar, pues las metodologías, tendencias, orientaciones y disposiciones de las normas implementadas son divergentes.

Con base en lo anterior, es válido afirmar que al interior de la CAN, desde el punto de vista de organismo regional, existe una cierta *inseguridad jurídica* en relación a la contratación por medio electrónicos. Se promulga el compromiso supra-gubernamental de fomentar el acceso y uso de a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Sin embargo, se extrañan los pronunciamientos concretos relacionados con el establecimiento de una normativa unificada respecto de la contratación a través de medios electrónicos para los países miembros de la Comunidad Andina.

Por otra parte, la regulación estatal interna acusa el problema de establecer un sistema de *normas* que atienden necesidades particulares y específicas, bajo un esquema de espacio-tiempo limitado, dejando de lado la internacionalidad, como elemento sustancial y característica inherente al comercio electrónico.

Es así como, la *búsqueda* de una normatividad andina común, respecto de la contratación por medios electrónicos, parece haberse quedado en pronunciamientos, políticas, objetivos o finalidades, pues a pesar del esfuerzo que ha realizado la Organización de Estado Americanos (desde la CIDIP), el incipiente estado de desarrollo tecnológico en América Latina y el Caribe, obliga a las políticas estatales a decaer u ocuparse en los problemas básicos de infraestructura, y abandonar los estudios y debates que, principalmente en Europa y Estados Unidos, se han centrado en temas de avanzada como la privacidad y confianza del consumidor y la legalidad de las actividades digitales.

Es evidente, entonces, la necesidad de armonizar o unificar la normativa respecto del entorno digital existente en la Comunidad Andina, de establecer principios y medidas comunes que permitan dotar de seguridad jurídica a los actores de las relaciones electrónicas. En otras palabras, la región se encuentra ante el reto de encauzar

los esfuerzos para conciliar las exigencias tradicionales frente a los equivalentes funcionales fundados en las técnicas electrónicas.

La experiencia internacional, así como la tendencia del comercio hoy, nos indica que el futuro de las relaciones comerciales está en la *integración regional*, al amparo de la actual sociedad global del conocimiento. No obstante, las políticas (nacionales y regionales) se han alejado de esta realidad, y por tanto no se han determinado los elementos normativos respecto de la contratación electrónica que posibiliten la unificación a nivel de la Comunidad Andina, como un mecanismo de competitividad al interior del escenario económico mundial.

En consonancia con lo anterior, se hace necesario retomar la senda en torno a establecer un tratamiento jurídico más conveniente, que elimine la disparidad de los ordenamientos nacionales, en el entendido que este nuevo marco jurídico reconocerá la *vocación internacional* y lo cambiante de las situaciones particulares propias del comercio electrónico.

Como se mencionó con anterioridad, la necesidad actual de América Latina y el Caribe, obviamente, no se restringe a los cuatro países miembros de la CAN, razón por la cual los avances que se planteen han de ser conscientes de la actual globalización jurídica y, en consecuencia, abordar los estudios a partir de parámetros y *principios generales* que permitan su posterior compatibilización. Lo anterior, con el fin que, a futuro, se pueda contar con una regulación *sudamericana* o *latinoamericana* del comercio electrónico.

Así las cosas, el presente documento se sustenta, por una parte, en la necesidad de formular una normatividad unificada entono a la contratación electrónica al interior de la CAN y, por otra parte, en la necesidad de mantener una mirada o vocación internacional que permita una adecuada interacción con la comunidad internacional.

Ahora bien, el estudio que se presenta no pretende abordar la institución contractual en su totalidad, sino que, por el contrario, busca aportar al debate académico que se ha de forjar entorno a estas necesidades, a partir de un análisis de derecho comparado en torno a la *formación del contrato a través de medios electrónicos*, como punto de partida en el pedregoso camino que conduce a unificación.

II. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

2.1. Consideraciones previas

El *e-commerce* constituye una revolución en los negocios, pues trae un nuevo escenario de desarrollo de la actividad comercial, la configuración de un nuevo mercado en el cual los sujetos del tráfico mercantil llevan a cabo sus negocios y transacciones, la aceptación de un nuevo conjunto o bloque de objetos o materias transables y, adicionalmente, un nuevo soporte para las expresiones de voluntad de las partes intervinientes.

En torno a esta última innovación, las TIC's representan la sustitución¹ de los medios tradicionales de soporte o registro de las transacciones negociales. El soporte electrónico no solamente se muestra como un elemento de mayor economía y flexibilidad para el tráfico mercantil, fácilmente transportable y, evidentemente generalizado, sino que, adicionalmente, goza de la característica de la inmaterialidad².

1 Para ILLESCAS ORTÍZ, el comercio electrónico constituye una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel. En esta medida, y al igual que en las ocasiones anteriores, la alteración tiende a facilitar la celebración y documentación del contrato. Así mismo, expone ILLESCAS ORTÍZ que “como nuevo soporte de una de las actividades más antiguas de la Humanidad –el intercambio de bienes o servicios– la electrónica y sus instrumentos viene cada día sustituyendo de una manera más generalizada a la voz y al papel, clásicos medios de apoyo para la emisión y recepción de voluntades negociales y sus efectos jurídicos y empresariales”. Vid. ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho de la contratación electrónica. “da Edición. Madrid. Thomson Reuters (Aranzadi). Civitas. 2009. Págs. 33-35.

2 Se podría considerar como una expresión asimilable para este elemento, el afirmar que el soporte electrónico goza de la característica de la “virtualidad”. Sobre la influencia de los

Estas particularidades y especialidades del comercio electrónico, exigen del Derecho una actitud abierta a la aplicación de soluciones equitativas, que permitan abordar los nuevos retos de la realidad de la contratación mercantil, de tal forma que el Derecho sea para la vida, y no la vida para el Derecho³. A partir de los diferentes esfuerzos internacionales, se han erigido una serie de principios con vocación universal, que contienen el *común denominador* (o “*common core*”)⁴ del comercio electrónico y, que en su defecto o ausencia, la práctica del *e-business* se muestra incompleta o defectuosa. Es evidente que al erigirse estos principios se busca, entonces, un doble efecto favorable, a saber: *i*) en primer lugar, dotar de alguna seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos electrónicos y, *ii*) en segundo lugar, generar un

medios electrónicos en los títulos vales y, en especial, respecto de la “desmaterialización” e “inmaterialización” de éstos: Vid. PEÑA NOSSA, L. REMOLINA ANGARITA, N. *De los Títulos Valores y de los Valores en el Contexto Digital* (Primera ed.). Bogotá, Temis. 2011.

- 3 Con la expresión se hace referencia a la admonición del profesor GARRIGUES que determina que “El Derecho es para la vida y no la vida para el Derecho”. Citada en: ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*. “da Edición. Madrid. Thomson Reuters (Aranzadi). Civitas. 2009. Pág. 35.
- 4 *Common core* o “núcleo común”, es la expresión tradicional con la cual se ha hecho referencia a la búsqueda de base o esencia de un conjunto de cosas. En este sentido, desde la particularidad del derecho, los incansables esfuerzos de la Unión Europea de armonizar y unificar el derecho, en los diferentes ámbitos, parte de la base encontrar elementos comunes, que puedan predicarse de todos los individuos o agentes de un conjunto. Sobre el *common core* de la contratación electrónica: Vid. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación...* Op. Cit. Págs. 189 y ss. Sobre los procesos de armonización y unificación en el ámbito latinoamericano: Vid. GARRO, A. *Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*. *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*. Saggi, Conferenze e seminari. 1993. pag. 1 y 2. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html> [15.10.2011]; FELDSTEIN DE CÁRDENAS S. L.; SCOTTI, L.B. *Armonización legislativa en el Mercosur: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado*. *XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 2005. [Disponible en línea: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/d11.pdf> [15.10.2011]; BERMÚDEZ-ABREU, Y. *Algunas consideraciones sobre la armonización del derecho internacional privado*. *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica*. No. 116. 2008. Págs. 139-170; MURIEL CICERI, J.H. *Características de la unificación del derecho internacional privado de las obligaciones contractuales en Europa y américa latina y el apremio de una modernización del derecho privado colombiano frente al derecho internacional privado contemporáneo*. En AA.VV. *Estudios de Derecho de los Contratos Internacionales*. Universidad Sergio Arboleda. 2010.

primer punto de armonización normativa tanto a nivel internacional como regional.

En este sentido, se han reconocido como principios del CE, los siguientes: *i)* equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, *ii)* neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico e, *iii)* inalteración del derecho vigente. Principios que sin lugar a dudas, mantienen una relación dialéctica y de complementación con algunos de los principios ya reconocidos por la institución contractual escrita, como lo son: *i)* la autonomía de la voluntad privada, *ii)* la buena fe y, *iii)* la libertad de forma o consensualidad.

Ha de reconocerse en todo caso que dado su estatus o calidad de principios, las anteriores formulaciones son mandatos que deben ser realizados o alcanzados en la mayor medida posible, sin que por ello puedan ser tomados como mandatos definitivos⁵. Constituyen entonces, las formulaciones del *deber ser*, de la finalidad que se persigue o los mandatos de realización de una determinada área. De conformidad con lo anterior, el objetivo del presente capítulo es abordar el estudio

⁵ Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. (Título original: *Theorie Der Grundrechte*). Trad. Garzon Valdes, E. Colecc. "El Derecho y la Justicia". Dir. Díaz, E. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Pág. 99. El pensamiento de ALEXY respecto de los principios y su visión del derecho en tres niveles (reglas, principios y procedimientos), es explicado por VIGO bajo las siguientes consideraciones: *i)* Antes de formular su propuesta de un sistema compuesto por tres elementos, estudia y descarta otras alternativas para componer el sistema jurídico; *ii)* En principio, un sistema solo de reglas, entendidas como mandatos definitivos cuya aplicación es plena, es improbable, pues no puede garantizarse ninguna determinación y seguridad permanentes, luego se presentan, indefectiblemente, lagunas; *iii)* Un sistema de solo principios, entendidos como "normas" o "mandatos de optimización" de carácter general y cuya aplicación es mediante la ponderación, es rechazado por Alexy dada su indeterminación y su débil vinculación con la práctica; *iv)* De acuerdo con lo anterior, el modelo que propone ALEXY se compone de tres elementos y se caracteriza por una aplicación racional, proporcionada por los procedimientos, esto es, un lado activo que establece la aplicación de las reglas y principios para evitar las lagunas y la indeterminación. Vid. VIGO, R.L. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2006. Pág. 170 y siguientes.

acerca de cuál ha sido el reconocimiento de los principios de la CE en los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina.

No obstante, antes de adentrarnos en el estudio propuesto, se considera necesario realizar algunas reflexiones generales sobre el concepto de “*principio*” desde el punto de vista filosófico y de interpretación en la ciencia jurídica.

En este punto, vale la pena destacar que los problemas relativos a la naturaleza, contenido y obligatoriedad de los principios, han generado una gran controversia respecto de los cuales se han derramado “océanos de tinta” en la doctrina.

REALE⁶, por ejemplo, resalta que toda forma de conocimiento filosófico y científico implica la existencia de enunciados lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber. Precisamente, REALE, denomina *principios* a estos enunciados que soportan o sustentan la validez de otras aseveraciones derivadas.

Ahora bien, para DWORKIN⁷, un principio es un elemento de carácter interpretativo con un contenido eminentemente moral, con el cual

6 Cfr. Reale, M. *Introducción al Derecho*. (Quinta Edición). Madrid, España. Ediciones Pirámide. 1982. Pág. 137.

7 Vid. DWORKIN, R. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona. Gedisa. 1992. Pág. 86 y siguientes. Ahora bien, VIGO resume los planteamientos de DWORKIN sobre la diferencia entre principios y reglas bajo las siguientes consideraciones: i) Los principios, a diferencia de las reglas, no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un **sentido de conveniencia u oportunidad** que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo; ii) Los principios, por característica natural, permanecen mientras se los siga estimando como convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes, no están sujetos a derogación o rechazo en los mismos términos que las reglas; iii) Es imposible brindar la nomenclatura de los principios o establecer una fórmula canónica de cada uno de ellos. Así mismo, el contenido de los principios es, intrínsecamente, moral; iv) Los principios solo dirigen a los órganos encargados de la adjudicación del derecho y exigen del jurista una trabajosa, polémica y filosófica tarea de descubrimiento y, v) Finalmente, los jueces en los *casos difíciles*, no tienen discrecionalidad para crear derecho, por el contrario tienen

cuenta el operador judicial frente a la oscuridad o vacío de la ley, pues la explican o en su defecto suministran una “justificación moral”. Así mismo, explica que los principios dictan resultados menos precisos que las normas, aunque los considera igualmente obligatorios, en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o interprete, en los casos en que son pertinentes⁸.

La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA ha definido los principios constitucionales como aquellos que “*consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional*”⁹.

que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, porque aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez le reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón. VIGO, R.L. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2006. Pág. 100 y siguientes.

- 8 Para MANS PUIGARNAU es mejor formular un concepto general de “principios de derecho” que se extiende a todas las ramas en que el derecho se divide y a todos los aspectos en que se distingue y con que se presenta, en oposición a los conceptos parciales, restrictivos o limitativos del ámbito de aplicación. Desde esa perspectiva, la general, la idea de principio implica la de fundamento, elemento, origen, comienzo, razón, condición y causa, en tanto “abarcan o comprenden todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídicos (principios de derecho y equidad naturales), y que informan el sistema de normas que regulan las instituciones (principios sistemáticos del derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la ciencia del derecho), y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte de derecho o reglas técnicas jurídicas). Continúa MANS PUIGARNAU su propuesta exponiendo que se deben diferenciar los principios generales del derecho, de las reglas de derecho. Para ello expresa que: “(...) *los principios son conceptos o normas fundamentales y abstractos, hayan sido o no objeto de formulación concreta, y a la regla, como la locución concisa y sentenciosa que sirve de expresión a un principio*”. Cfr. MANS PUIGARNAU, J.M. *Los principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*. Barcelona. Bosch. 1979. Pág. XXVII
- 9 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Como punto de partida de la búsqueda de los pronunciamientos de la Corte sobre los principios constitucionales: DE JESÚS CUEVAS, E. *Principios constitucionales de las acciones de grupo*. En AA.VV. *Revista Colombiana de Jurisprudencia*. No. 338. Bogotá. Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2008. Pág. 153.

De igual forma, aclara el aludido tribunal que los principios son normas jurídicas para el presente, esto es, que son la base deontológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser¹⁰.

En aras a diferenciar los principios de las reglas, como categorías normativas¹¹, expone la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA que la principal diferencia radica en la especificidad de sus órdenes o preceptos, pues mientras los *principios* son típicas normas de organización, mediante los cuales se unifica o estructura cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho, a través de la condensación de valores éticos y de justicia; por otra parte, las *reglas* constituyen normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen¹².

Así las cosas, las *reglas* se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, mientras que los *principios* trascienden la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico,

10 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Esta posición se ha reiterado en las siguientes sentencias: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1722 del 12 de diciembre de 2000. M.P. Jairo Charry Rivas; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA; Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-056 del 29 de enero de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, en Sentencia C-818 de 2005, expone la diferencia entre principio y regla, bajo el supuesto que ambos conceptos son categorías de normas siguiendo la teoría de ALEXY y la posición planteada por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ. T.R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Octava Edición. Editorial Civitas. Madrid. Págs. 74 y 75).

12 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

para darle valor y sentido a muchos de ellos, a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica¹³.

2.2. Principio de equivalencia funcional.

El principio de equivalencia funcional (en adelante PEF) es el principal instrumento para la regulación de los actos y negocios jurídicos realizados con ayuda de las TIC's. En este sentido, se erige como un criterio internacional de interpretación de las distintas normas de los ordenamientos jurídicos que regulan las condiciones para que puedan equipararse las manifestaciones digitales a un escrito físico, un documento con firma manuscrita, un original "tradicional", entre otros aspectos¹⁴.

El profesor ILLESCAS ORTIZ concreta el contenido del PEF expresando que:

“La función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa – o eventualmente su expresión oral - respecto de

13 La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA ha resaltado los siguientes aspectos, como finalidades o papeles primordiales de los principios: i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y, iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

14 Para UMAÑA CHAUX, el equivalente funcional es un verdadero principio que se erige como uno de los avances más destacados de la legislación colombiana en cuanto al uso de nuevas tecnologías se refiere. La consagración del PEF permitió, de una manera sencilla, actualizar el ordenamiento jurídico colombiano y prepararlo para el desarrollo del comercio electrónico. No obstante, critica que el uso o aplicación del PEF, en tanto reseña que existen todavía muchas inquietudes al respecto. Por ejemplo, indica que parte de la evolución que debe darse es percibir que el campo de aplicación de este criterio es general, y que su uso debe por tanto expandirse mucho más allá del limitado campo en el que se le ha dado aplicación hasta este momento. *Cfr.* UMAÑA CHAUX, A.F. Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999. *Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Bogotá. Universidad de los Andes. 2005. Disponible en línea: http://derechoytics.uniandes.edu.co/pdfs/R1_A3.pdf [8.10.2011]. En igual sentido: UMAÑA CHAUX, A.F. *Contratación electrónica internacional*. En AAVV. *Contratación Electrónica*. Universidad del Rosario. 2006

*cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado. La equivalencia funcional, en suma, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto*¹⁵.

Así pues, es posible definir el principio de equivalencia funcional como la paridad, identidad o correspondencia de las instituciones jurídicas del mundo material a las concebidas en el contexto digital, bajo el presupuesto de que se cumplan, en todo caso, con las finalidades y objetivos de la figura.

En otras palabras, es profesar un estándar de no discriminación¹⁶ de las expresiones o manifestaciones de voluntad surtidas por medios electrónicos, respecto de las declaraciones de voluntad tradicionales (manuales, escritas o verbales) del mismo sujeto¹⁷.

15 ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho de la contratación electrónica. 2da Edición. Madrid. Civitas, Thomson Reuters. 2009. Pág. 41

16 MADRID PARRA distingue entre el principio de *no discriminación* y el de *equivalencia funcional*. El primero, se entiende como la prohibición de que un ordenamiento jurídico rechace la posibilidad de celebrar contratos utilizando medios electrónicos y telemáticos, en otras palabras, responde a la idea básica de que los negocios jurídicos perfeccionados mediante el uso de las TIC's no pueden ser tenidos en peor condición jurídica que los llevados a términos por los medios convencionales y tradicionales. El segundo, responde a la necesidad de dictar unas normas concretas en materia de contratación electrónica, sin que ello implique alterar el Derecho sustantivo contractual, en las cuales se analice la función que jurídicamente desempeña el documento, el escrito o la firma, y se determine en qué condiciones se puede cumplir esa misma función utilizando recursos electrónicos en lugar del tradicional papel. En todo caso, el tratadista en estudio destaca que el principio de equivalencia funcional es la cara positiva del principio de *no discriminación*. Cfr. MADRID PARRA, A. *Los contratos electrónicos y los contratos informáticos*. II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Presente y futuro del Derecho Comercial. Colegio de Abogados Comercialistas. Bogotá. Mayo de 2010. Disponible en línea: http://camara.ccb.org.co/documentos/5859_memorias_congreso_internacional_de_derecho_comercial_30_04_10.pdf [15.10.2011]

17 En igual sentido: ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado*. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2008; REMOLINA ANGARITA, N. *Aspectos legales del*

De igual forma, es preciso destacar que su origen próximo¹⁸ se encuentra en la Guía para la Incorporación de la Ley Modelo de Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁹, en la cual se expresa que éste principio se basa en:

“(...) un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas

- comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica.* Universidad de los Andes. 2006. Disponible en: <http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf> [15.10.2011]; OLIVERA, N. En busca de la lex retialis. *Revista de derecho informático Alfa-Redi*. 2008. Disponible en línea: www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10130 [15.10.2011]; ESPINOSA QUINTERO, L. Incidencia de los medios electrónicos en el campo contractual colombiano. *Revista Civilizar*. Universidad Sergio Arboleda. 2007. Disponible en: http://www.usa.edu.co/civilizar/incidencia_medios.htm [15.10.2011]. Es destacable el estudio que, sobre la equivalencia funcional de los medios electrónicos respecto de los títulos valores se realiza en: PEÑA NOSSA, L. REMOLINA ANGARITA, N. *De los Títulos Valores y de los Valores en el Contexto Digital* (Primera ed.). Bogotá, Temis. 2011.
- 18 TORRES TORRES resalta que la expresión “*equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos*” fue utilizada por primera vez en el artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995, que entró en vigencia el 1 de enero de 2000. Cfr. TORRES TORRES, A.Y. *Principios fundamentales del comercio electrónico y su desarrollo legislativo en Colombia y Latinoamérica*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Director: Rafael Illescas Ortiz. Pág. 26.
- El Artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995 a la letra dice: “*La promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante/emisor del documento que contenga la promesa, o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago, por sí misma o conjuntamente con uno de los hechos mencionados en los incisos a) y b) del párrafo 1) del presente artículo. Sin embargo, la retención de dicho documento por el beneficiario después de la extinción del derecho a reclamar el pago de conformidad con los incisos c) o d) del párrafo 1) del presente artículo no preservará derecho alguno del beneficiario con fundamento en la promesa.*” (negrilla fuera del texto). ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente, New York, 1995.
- 19 De los artículos 5°, 6°, 7° y 11° de la LMCE, el profesor MURRAY resalta: “Los cuatro artículos señalados anteriormente, en su conjunto, conforman los cuatro pilares de la ley modelo. Estos son: equivalencia funcional de los datos electrónicos, documentos y firmas (formalidades) y la paridad legal de los contratos electrónicos”. Vid. MURRAY, A. D. *La regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y la norteamericana*. En AA.VV. *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*. Núm. 2. Bogotá. Legis. Enero-Marzo 2004. Págs. 75-97

del llamado comercio electrónico.(...) Cabe reseñar que la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos”.

Es evidente, que el centro o la esencia del PEF es el fijar los criterios o requisitos necesarios para que las manifestaciones del entorno digital estén dotadas de la misma fuerza jurídica y probatoria que sus “contrapartes” tradicionales²⁰.

Así, por ejemplo, la aplicación del PEF en torno al documento, buscará analizar los elementos centrales para su validez y aceptación, para luego indicar con total claridad los estándares o requisitos que

20 VEIGA COPO sostiene, al referirse a la contratación electrónica del seguro, que: “[...] ésta se lleva a cabo en su inmensa mayoría por los medios tradicionales. Todavía es muy débil la confianza que Internet genera en el consumidor y, todavía es muy fuerte el arraigo de la forma por escrita, por mucho que se hable de la equivalencia funcional entre ésta y la forma telemática”. No obstante, los ahorros en costes de transacción – distribución, venta, administración, siniestros... - cuando se realiza el contrato de seguro a través de *electronic business*, en un seguro de personas el ahorro en costes de distribución está en torno al 30%, al igual que en los costes de administración, reduciéndose a su vez los costes de declaraciones y liquidaciones del siniestro alrededor de un 10% para finalmente ahorrarse un 5% en el pago de la indemnización. El ahorro total se sitúa en un 12% aproximadamente. No obstante, la venta de seguros por Internet, en España, es del 0.015% sobre facturación total. Esto es, 1 de cada 1300 pólizas que se contratan nuevas al año se realiza a través de Internet”. Cfr. VEIGA COPO, A.B. *La contratación electrónica del seguro*. Madrid, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 244, abril-junio de 2002, Pp, 657, 661. VEIGA COPO, cita al profesor ILLESCAS ORTIZ, «Perfección y mantenimiento del contrato de seguro por medios electrónicos. Consecuencias jurídico privadas y contractuales», Seminario sobre Comercio electrónico y seguro. SEAIDA, Madrid 19 de de junio de 2000, quien considera que el seguro hasta esa fecha se ha abstraído del comercio electrónico en base a: fragmentación empresarial o minifundismo en el sector, una cierta debilidad financiera que dificulta las inversiones precisas, la existencia de competencia de precios entre los operadores y finalmente, la estructura de comercialización tradicional del seguro se basa en agentes no muy dispuestos a la electrificación. VEIGA COPO, A. *La contratación ...* Op.cit, Pág. 669.

un mensaje de datos habrá de garantizar para ser catalogado o tenido como tal²¹.

A este respecto la Guía Legislativa de incorporación de la LMCE indica que la finalidad del documento no es definir un equivalente informático para todos los tipos de documentos en papel. Por el contrario, lo que busca la LMCE es determinar las *“funciones básicas”* de los requisitos de forma de los documentos sobre papel con el fin de fijar los preceptos o criterios que, *“de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel”*.

Tradicionalmente, el PEF se ha evaluado desde tres perspectivas principalmente: i) la equivalencia entre mensaje de datos y documento, ii) la equivalencia entre firma electrónica o digital y firma manuscrita y, iii) la posibilidad de equivalencia del mensaje de datos a un original.

En este sentido, a continuación se examinará la regulación de los principales aspectos del PEF en el ámbito de los países de la Comunidad Andina, con referencia a la LMCE como elemento internacional de importancia:

21 Vid. VEIGA COPO, A. B. La contratación electrónica del seguro. RDM. No. 244. 2002

Figura 6. Cuadro comparativo del principio de equivalencia funcional en los países de la Comunidad Andina

Criterio de Comparación	UNCITRAL LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación	Bolivia Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Colombia Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ecuador Ley 67 de 2002 (LCEE)	Perú Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000
Formulación del PEF	<p>La formulación del PEF en estos ordenamientos se encuentra en la incorporación de una o más disposiciones específicas según las cuales se expone que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (Art. 5 LMCE, Art. 7-II, 27, LCEB, Art. 5, 10, 14 LCEC, Art. 45 LCEE)</p> <p>Como elementos adicionales, se destaca el estudio que sobre el particular se encuentra incorporado en la Guía legislativa de la LMCE¹. Adicionalmente, la LCEB establece la equivalencia funcional como un principio rector de la normatividad, en tanto reconoce la misma validez jurídica y fuerza probatoria a las manifestaciones de voluntad, medios para hacer constar información por escrito e instrumentar un acto jurídico electrónico, respecto de las formas tradicionales (Literal c del artículo 4)². De igual forma, se destaca que tanto la LCEB, LCEC y LCEE incorporan una disposición especial, para efectos de la no discriminación (o reconocimiento de validez) a los contratos electrónicos.</p>				

¹ Se destaca de igual forma, que la CUCCEC reconoce de igual forma el PEF, sin embargo es preciso compartir las siguientes consideraciones adicionales: *i)* Se incorpora un texto expreso (Art. 8) según el cual no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica. *ii)* Pero también, agrega la citada disposición, que “nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta”.

² Artículo 4 de la LCEB. (Principios). *Las actividades reguladas por esta Ley se sujetarán a los siguientes principios: Equivalente funcional, reconoce la misma validez jurídica y fuerza probatoria a los mensajes de datos, documentos electrónicos, firmas electrónicas y demás procedimientos tecnológicos respecto de los medios convencionales para manifestar la voluntad, hacer constar información por escrito e instrumentar un acto jurídico.*

Criterio de Comparación	UNCITRAL LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación	Bolivia Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Colombia Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ecuador Ley 67 de 2002 (LCEE)	Perú Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000
El mensaje de datos como equivalente funcional del documento papel	Según la LMCE, el requisito legal de que la información conste por escrito, quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta (Art. 6).	El proyecto de ley consagra que, cuando la ley contemple como requisito o genere algún efecto jurídico al a un “escrito”, dicha precisión puede ser cumplida por un documento electrónico siempre que la información contenida en el mismo sea i) legible, ii) íntegra, iii) susceptible de ser archivada, iv) recuperada en cualquier momento y, v) sea posible la verificación del remitente o de su creador. (Art. 7.11 y 8) ³ .	La legislación colombiana y ecuatoriana sigue la tendencia propuesta por la LMCE, al indicar que el equivalente quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta (Art. 6).		La LCEP establece de manera genérica la equivalencia, al determinar que “en los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro andólogo” (Art. 2)

³ Aunque la LCEB emplea términos diferentes, un estudio detallado evidencia que, en esencia, exige los mismos requisitos que la LMCE de la CNUDMI.

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Criterio de Comparación	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
La firma electrónica (FE) o firma digital (FD) ⁴ como equivalente funcional de la firma manuscrita	LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación Ahora bien, el requisito legal de la firma de una persona, quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos si: i) se utiliza un método para identificar a esa persona, ii) se puede inferir que esa	Proyecto de ley 080/2007 (LCEB) La LCEB cae en un equívoco en sus disposiciones pues confunde los términos de FE y FD. A este respecto, el Art. 35 expresamente dispone que “la firma electrónica tendrá la misma fuerza, validez y	Ley 527 de 1999 (LCEC) El equivalente funcional de la firma en la LCEC es el objeto de muchos debates académicos que versan sobre el verdadero querer del legislador ⁵ . Desde la perspectiva eminentemente	Ley 67 de 2002 (LCEE) La LCEE, al igual que la LCEB, genera un equívoco en su redacción, pues en sus artículos 13 y 14 dispone que será la FE, aquella que tendrá igual valor que la firma manuscrita. No obstante, en el artículo	Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000 En Perú, la legislación es clara en establecer que la firma electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de

⁴ Existe confusión entre los destinatarios de los marcos jurídicos sobre el contenido y alcance de la firma electrónica (FE) con la firma digital (FD). La primera, es un método de autenticación que permite identificar al iniciador de un mensaje de datos, indica que el contenido cuenta con su aprobación, así como, se muestra apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado. La segunda, es una de las especies de la FE, que se obtiene mediante aplicaciones tecnológicas en que se utiliza criptografía asimétrica, también denominada sistemas de cifrado de clave pública, para asegurar la autenticidad de los mensajes electrónicos y garantizar la integridad de su contenido. *Vid. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónica. Naciones Unidas. 2009. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf [15.10.2011]*

⁵ El debate en Colombia es sustancialmente diferente al problema identificado en la LCEE, como se expondrá a continuación: El objeto principal de la esencia del equívoco encontrado en la legislación Boliviana es el uso equivocado de la terminología técnica del caso. En este caso, el de la LCEB, el querer o la intención del legislador no es oscura, es evidente que se quería restringir el equivalente exclusivamente a la firma que cumpliera con la totalidad de los requisitos establecidos que en un sentido técnico, es la FD certificada. En Colombia, el problema subyace del encuentro de dos normas, la primera que predica un equivalente amplio como el de la LMCE de UNCITRAL, con requisitos genéricos que pueden ser cumplidos tanto por la FE como por otros mecanismos de autenticación. La segunda, de manera expresa, parece restringir la equivalencia a la firma digital, en la cual interviene un tercero que da fe del cumplimiento de dichos requisitos, que se denomina “Entidad de Certificación”. En la LCEC, si es preciso dilucidar cuál es la verdadera intención del legislador.

Criterio de Comparación	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
<p>LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación</p> <p>persona aprueba la información y, iii) el método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos. (Art. 7). Bajo esta perspectiva, en conclusión, el equivalente funcional de la firma para la LMCE puede ser la firma electrónica o cualquier otro método de autenticación que cumpla estas características básicas.</p>	<p>Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)</p> <p>efectos jurídicos que la ley otorga a la firma manuscrita (...). En principio podría decirse que la LCEB se acoge a la tendencia de la LMCE, sin embargo, al continuar con la lectura del enunciado normativo se evidencia que somete la equivalencia a funcional a los siguientes requisitos: i) que se vincule exclusivamente el mensaje de datos a su titular, ii) que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, iii) que el dispositivo de creación y verificación sea</p>	<p>Ley 527 de 1999 (LCEC)</p> <p>normativa se muestra es la oposición de dos normas de la misma ley: la primera, el Art. 7 que contempla de forma exacta los mismos requisitos para el equivalente que la LMCE (identificación del iniciador y método confiable y apropiado). Por otro lado, el Art. 28 establece que “el uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita” si: i) es única a la persona que la usa, ii) es</p>	<p>Ley 67 de 2002 (LCEE)</p> <p>siguiente (Art. 15) somete la equivalencia a funcional a los siguientes requisitos: i) Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular, ii) Que permita verificar inequívoca y técnicamente la autoría e identidad del signatario, iii) Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable, iv) Que al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se crease se hallen bajo control exclusivo del signatario y, v) Que la firma sea controlada</p>	<p>Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000</p> <p>voluntad. En este sentido, exige que las FE puedan vincular e identificar al firmante, así como garantizar la autenticación e integridad de los documentos electrónicos.</p> <p>En todo caso, es preciso señalar que la misma ley 27269 también regula la FD, no condicionando que ésta sea la única forma de FE, sino que, por el contrario, aclara que “La firma digital es aquella firma electrónica (...)”.</p>	

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Criterio de Comparación	UNCITRAL LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación	Bolivia Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Colombia Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ecuador Ley 67 de 2002 (LCEE)	Perú Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000
	confiable, seguro e inalterable para el propósito empleado, iv) que los datos de creación de la firma estén, al momento de la firma bajo el control exclusivo del signatario y su posterior fiscalización, v) que permita detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma y, vi) se encuentre respaldada por un certificado electrónico vigente.	susceptible de ser verificada, iii) está bajo el control exclusivo de la persona que la usa, iv) está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada y, v) está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional. Por una parte, se encuentran quienes ⁶	por la persona a quien pertenece. Las conclusiones son idénticas en la LCEB y LCEE: la primera, que la LCEE confundió los conceptos de FE y FD y, la segunda, que solo la FD (llamada FE por la LCEE) es el equivalente de la firma manuscrita.		

⁶ REMOLINA ANGARITA, N. ¿Pensar en las necesidades del país o mantener a ultranza un statu quo para la firma digital de las entidades de certificación abierta -ECA?: Documento GECTI No. 10. Bogotá D.C. Universidad de los Andes, 2010. Disponible en línea: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/documento_GECTI_10_firmas_electronicas_marzo_2010.pdf [15.10.2011]; ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación... Op. Cit.; ESPINOSA QUINTERO, L. Algunos aportes, respecto del documento GECTI No. 10. Comunicación dirigida a Nelson Remolina Angarita. 15 de marzo de 2010. Disponible en línea: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/carta_algunos_aportes.pdf [15.10.2011]

Criterio de Comparación	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación	Proyecto de ley 080/2007 (LCEB) De lo anterior se desprenden dos realidades: la primera, que la LCEB confundió los conceptos de FE y FD y, la segunda, que solo la FD (llamada FE por la LCEB) es el equivalente de la firma manuscrita.	Ley 527 de 1999 (LCEC) afirman que el legislador expresó su intención en el Art. 7 de la LCEC. Es así como su querer era establecer un equivalente funcional amplió como el de la LMCE, solo que por las características técnicas esenciales de la FD se hacía necesario reglamentarla. De manera opuesta, aquellos ⁷ que mencionan que solo la FD es el equivalente funcional de la firma manuscrita. La	Ley 67 de 2002 (LCEE)	Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000

⁷ RINCÓN CÁRDENAS, E. Manual de derecho de comercio electrónico y de internet. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006; RINCÓN CÁRDENAS, E. Discusiones alrededor de la firma digital. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 281, 2009, p. 1; RINCÓN CÁRDENAS, E. Sobre el proyecto de reglamentación de firmas electrónicas. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 289, 2010, p. 14-15.

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Criterio de Comparación	UNCITRAL LMCE de 1996 Guía legislativa de Incorporación	Bolivia Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Colombia Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ecuador Ley 67 de 2002 (LCEE)	Perú Ley No. 27291 de 2000 (LCEP) Ley 27310 de 2000
			doctrina, en la actualidad aplicable y mayoritaria, hace referencia a esta última situación.		
La equivalencia funcional del original	Cuando se requiera que la información sea presentada y conservada en su "original", se entenderá por éste el soporte en el que por primera vez se consignó la información electrónica, requisito que quedará satisfecho cuando: i) Exista garantías fidedignas de la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez y, ii) que la información pueda ser presentada a la persona con interés legítimo, si fuera requerida. (Art. 8 LMCE, Art. 9 LCEB, Art. 8 LCEE)				El Reglamento de la Ley 27269 (Ley de firmas y certificados digitales) establece que la originalidad del mensaje de datos dependerá de que sea demostrable la exactitud e integridad del contenido electrónico.

Fuente: Elaboración propia

En este sentido, se evidencia que desde la perspectiva normativa no existe ninguna duda en torno a la existencia del PEF en los ordenamientos jurídicos de la CAN. Es evidente la unanimidad y coherencia de la aplicación del PEF en cuanto a los mensajes de datos frente al concepto de documento (estándar en el que se exige que el mensaje de datos sea accesible para su ulterior consulta) y el de original (en donde se exige garantía fidedigna de la integridad de la información y que ésta pueda ser presentada con posterioridad)²².

En torno a la equiparación de la firma se evidencian algunos inconvenientes de técnica legislativa, en el caso de Bolivia y Ecuador, en el sentido de confundir los conceptos de FE y FD. Respecto de Colombia, el problema se ubica en la interpretación de las normas aplicables, aunque la posición mayoritaria se orienta a reconocer exclusivamente la FD. Finalmente, el ordenamiento Peruano se muestra más coherente, pues reconoce la equivalencia de la FE con la firma manuscrita, sin dejar de regular los aspectos técnicos y legales de *una de la especies de la FE*, la Firma Digital.

22 ESPINOSA QUINTERO expone que “Aquí, vale la pena resaltar los esfuerzos que actualmente se vienen realizando, sobre una base de “convergencia tecnológica entre telecomunicaciones, computadores, soporte lógico (*software* y bases de datos) e que han revolucionado la forma de hacer negocios, de adquirir conocimiento y, en general, que lleva ínsita la aparición de la sociedad de la información”. Existe entonces, en palabras del autor aludido, una” preocupación obvia de armonizar los derechos nacionales entre sí, bajo el anhelo de una *lex mercatoria* universal, y más aún, en el contexto del comercio electrónico, una *lex electrónica* que sea base segura de las negociaciones por medios electrónicos, que se perfila como un nuevo *Corpus Iuris* de la era digital, alimentan esfuerzos como el que actualmente viene desarrollando el Grupo de Trabajo IV, de CNUDMI, en dos estudios relacionados, uno, con los obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio electrónico en los textos internacionales de comercio internacional, y otro, acerca de las disposiciones para un proyecto de convención sobre contratación electrónica”. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación al ordenamiento jurídico...* Op. Cit. 286. Es así como surgen las respuestas o cambios legislativos que definitivamente permiten una aplicación plena, sin restricciones de ninguna índole, al elemento nuclear de los medios electrónicos denominado como “equivalente funcional” que venza definitivamente la “servidumbre del papel” denunciada por VEIGA COPO, A. *La contratación electrónica del seguro*. Revista de Derecho Mercantil, Núm. 244, abril-junio de 2002. Madrid. Págs. 703

En este sentido, es claro que es competencia exclusiva de cada estado indicar el equivalente funcional que ha de regir en el determinado territorio. No obstante, dicha potestad no debería, en virtud del PEF, dar lugar a que se impongan normas de seguridad o formalidades más estrictas a los medios o herramientas digitales que a las tradicionales. En primer lugar, pues con este tipo de medidas se afecta la seguridad jurídica del entorno digital, pues existe una relación directa entre la cantidad y exigencia de las formalidades y, el volumen de mensajes de datos que se escapan del campo de “cobertura” de las aludidas formalidades.

En segundo lugar, pues el establecer un estándar de equivalencia muy alto, repercute en el aumento de los costos necesarios para dotar de validez las comunicaciones electrónicas²³. Finalmente, se ha de tener en cuenta

²³ En Colombia, una firma digital con duración de un año, sin estampado cronológico, soportada por Certicámara S.A. tiene un costo de \$300.000 pesos (USD\$ 112,9 aprox.). Ahora bien, el mismo producto de certificación soportado por GSE S.A. \$225.504 pesos (USD\$ 113,4 aprox.). REMOLINA ANGARITA, N. *¿Pensar en las necesidades...* Op. Cit. Por su parte, en Ecuador Security Data indica en su página web (https://www.securitydata.net.ec/productos_servicios/LISTA%20DE%20PRECIOS.pdf) que el producto IdSign tiene un costo de USD\$ 49.99 por año. En Chile, la Firma Electrónica Avanzada ofrecida por Empresa Nacional de Certificación Electrónica (<http://www.ecertchile.cl/>) es \$19.900 pesos chilenos (USD\$14,3). Por su parte, CoSign, proveedor a nivel mundial de soluciones de firma electrónica y seguridad de la información, indica en su página web (<http://www.arx.com/languages/spanish/digital-signature-cost>) que el coste básico de CoSign Central incluye los siguientes componentes: un componente de servidor a partir de €9,000, dependiendo del tipo de servidor y canal; una licencia de usuario de un único uso con un precio de €40-€80 por usuario (cuantos más usuarios, menor será el precio individual) y la asistencia y mantenimiento durante un año: 20% del coste total. Para la ASOBANCARIA, “el costo de una firma digital constituye una barrera de entrada para el público en general, además de que no respeta el principio de neutralidad tecnológica. Es preciso tener en cuenta que, para que el comercio electrónico sea dinámico, se requieren soluciones prácticas y de bajo costo. Por lo tanto, sería conveniente replantearse si el uso de la firma digital es lo más adecuado para el país. O sí por el contrario, otras alternativas disponibles, como las firmas electrónicas y digitales expedidas por entidades de certificación cerrada, cumplen con los requisitos de seguridad para la acreditación y autenticación electrónicas”. ASOCIACIÓN BANCARIA (ASOBANCARIA). *Avances y desafíos para los instrumentos electrónicos en Colombia*. 23 de octubre de 2009. Disponible en línea: <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/746102.PDF> [1.12.2011] Al respecto, PÉREZ JURADO expone que: “De todos modos, al menos en un principio, la firma digital no estará disponible para todos sino sólo para algunos usuarios de los organismos certificadores, funcionarios, beneficiarios de la seguridad social, las entidades bancarias y las mutuales. La explicación por la cual la firma

que, aunque los técnicos y juristas que defienden las FD son altamente versados en el mecanismo, los ciudadanos y empresarios que han de aplicar los mismos mecanismos no lo son, razón por la cual se ha de propender por permitir, de igual forma, mecanismos más sencillos de identificación en el entorno electrónico.

En este sentido, es pertinente destacar que aunque la firma digital, que es susceptible de certificación por parte de una entidad de certificación, abierta o cerrada, puede ser un equivalente de firma manuscrita, pero no puede ser el único. Existen, como lo destaca REMOLINA ANGARITA²⁴, escenarios en los cuales la firma electrónica es más pertinente que la digital y, viceversa. De acuerdo con lo anterior, ha de ser una decisión del comerciante/empresario, pero que ha de realizar de forma libre, no al amparo de una imposición legal.

Así las cosas, se requiere que los ordenamientos jurídicos de la CAN doten de validez otros mecanismos de autenticación, que sean aún más sensatos, sencillos, económicos y de amplia difusión²⁵, que les

digital no estará disponible en forma masiva para individuos y empresas obedece, en principio, a que la emisión de los certificados digitales tiene un costo, lo que se tornaría un impedimento para su mayor expansión. Los certificados digitales más baratos, para uso personal, cuestan US\$ 30 anuales, mientras que los más caros, alcanzan los US\$ 2.000. La variación del precio de un certificado tiene que ver con el uso que se le dará". Vid. PÉREZ JURADO, G. *Firma digital y sus implicancias en la despapelización del sector público*. 5° Congreso Argentino de Administración Pública. San Juan, Mayo de 2009. Disponible en línea: www.aaeap.org.ar/ponencias/congreso5/ponencias_completas/PEREZ%20JURADO,%20GASTONFirma%20digital%20y%20sus%20implicancias%20en%20la%20despapelizacion%20del%20sector%20publico.doc [30.10.2011]

24 REMOLINA ANGARITA, N. *¿Pensar en las necesidades*. Op. Cit.

25 Se consideran ampliamente favorables las iniciativas tendientes a implementar un DNI o identificación electrónica, que le permita a todo ciudadano tener un método de autenticación digital al alcance de su mano. Vid. GARCÍA MESTANZA, J. Impulso al desarrollo de la sociedad de la información. el DNI electrónico como catalizador. *Revista de Economía Industrial*. No. 370. 2008. Disponible en línea: <http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/370/111.pdf> [15.10.2011]; MARTÍNEZ NADAL, A. *Firma electrónica, certificados y Entidades de Certificación*. *Revista de la Contratación Electrónica*. Febrero de 2006. Pág.-45.

En España, por ejemplo, el Real Decreto 1553/2005 de 23 de diciembre, estableció las bases jurídicas para que el Documento Nacional de Identidad (DNI) constituya el

permitan a los ciudadanos y a los empresarios identificarse y emplear con plena seguridad las comunicaciones electrónicas, sin temor a que las Cortes nieguen todo tipo de validez a las manifestaciones de voluntad que “viajen” en el entorno digital por no haberse asociado a una FD.

De igual forma, se ha de propender por dotar a los particulares de que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, elijan o pacten el método de autenticación que prefieran. En este asunto, ha de permitirse, en la misma línea, que la libertad de pacto de los particulares no se restrinja a los métodos reconocidos o aceptados en los marcos jurídicos actuales, sino también, aquellos que las partes decidan, en tanto los contratantes no deberían estar sujetos a un método o mecanismo específico.

Lo anterior nos muestra un panorama normativo, más o menos uniforme, sin embargo, el escenario es completamente diferente al “echar a andar” estas normas en la realidad. La “cultura del papel” y la exigencia de “la forma por la forma” están presentes incluso en los marcos regulatorios de los entornos digitales, que se caracterizan por su rapidez y sencillez. Es necesario “luchar” en contra de aquellos defensores de las solemnidades y de las formas, que se aferran a exigir todo tipo de requisitos, sin tener en cuenta que la velocidad de

mecanismo de identificación físico y electrónico de los españoles, pues según el artículo 1 de dicho decreto, el DNI *“permite a los españoles (...) la identificación electrónica de su titular, así como realizar la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica”*.

En América Latina, se destaca que el Perú, mediante la Ley 26.497 de 1995 (publicada en el Diario Oficial El Peruano del día 12 de julio de 1995), adoptó el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) como un organismo de naturaleza pública y carácter técnico encargado de la identificación de los ciudadanos mediante la expedición del Documento Nacional de Identificación (DNI). En la actualidad, Perú busca expedir un Documento Nacional de Identificación electrónica (DNIE) en el cual se incorpora un “chip” que permite al usuario su identificación electrónica, mediante la firma digital de documentos. Vid. PEREA, I.F. Gobierno Electrónico: Nuevas disposiciones sobre firma digital en el ámbito de la Administración pública peruana. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. No. 117. 2008. Disponible en línea: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10299> [15.10.2011]

los negocios y el comercio sobrepasa todo tipo de barreras legales y normativas y, que, por el contrario, el verdadero sentir de la norma ha de ser el apoyar estas actividades, dotándolas de la mayor seguridad posible.

2.3. Principio de neutralidad tecnológica

El Principio de Neutralidad Tecnológica (en adelante PNT), entendido como la aptitud o disposición de los marcos regulatorios del comercio y la contratación electrónica de no excluir o privilegiar una técnica o tecnología en específico, sino que, por el contrario, se busca favorecer y acoger toda innovación técnica en el campo a regular²⁶.

La CNUDMI²⁷ sostiene que la neutralidad tecnológica es esencial en la regulación de los aspectos electrónicos por cuanto tiene en cuenta *“la rapidez de la innovación tecnológica y contribuye a garantizar que la legislación siga pudiendo dar cabida a las novedades futuras y no resulte anticuada muy pronto”*. Este principio, para TORRES ÁLVAREZ²⁸, tiene como finalidad dotar de flexibilidad a la normatividad, de tal forma que se permita una fácil adaptación a las variaciones ante el rápido avance tecnológico.

Adicionalmente, el PNT posee la característica de garantizar la aplicación de otro principio, como lo es la autonomía de la voluntad, en tanto deja en libertad a las partes de elegir o decidir: *i)* el tipo de tecnología que se ajuste a sus necesidades o capacidades, *ii)* determinar

26 Vid. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. Naciones Unidas. 1996. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf [17.10.2011]. Pág.

27 COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas. 2007. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf [17.10.2011]. Pág. 39

28 TORRES ÁLVAREZ, H. El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (Perú). 2005.

el nivel de seguridad idóneo para su relación jurídica y, *iii*) la complejidad de la tecnología (con sus correlativos costos) a emplear²⁹.

No obstante, para ILLESCAS ORTIZ³⁰, el PNT se sustenta en la necesidad en que las “normas disciplinadoras” del comercio electrónico no tengan que verse sometidas a modificaciones, por concepto de la formulación de nuevas tecnologías, “en un horizonte cronológico razonable”. La particular, pero sin duda razonable, advertencia del profesor ILLESCAS implica que los marcos regulatorios del *e-business*, así como buscan no perder su vigencia de forma fugaz en vista de los constantes progresos técnicos, tampoco puede poseer la pretensión de prolongarse por “centenas” de años (como antaño buscaban las codificaciones, p.e. Napoleónicas).

Es así como el PNT, es sin lugar a dudas un pilar sobre el cual reposa la contratación electrónica y, el cual, ha sido incorporado en las diferentes legislaciones de los países, mayoritariamente de forma implícita³¹. Ahora bien, un estudio, si bien no completo pero si cuando menos prudente, del PNT ha de tener en cuenta no solo la declaración del principio como tal, o su presencia (expresa o tácita) en una legislación, sino que ha de realizar un acercamiento sobre las dificultades de aplicación del mismo. En este sentido, ha de resaltarse

29 COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Fomento de la confianza en el comercio electrónico. Op. Cit. Pág. 39

30 ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho. Op. Cit. Pág. 56

31 Se pueden identificar dos formas o mecanismos de incorporación del PNT en las diferentes legislaciones: *i) de forma expresa*: esto es, cuando la legislación, en alguna disposición general, define el principio o establece como criterio rector el contenido del mismo y, *ii) de forma tácita o implícita*: cuando, sin necesidad de disposición general expresa, emplea a lo largo de sus disposiciones la idea o finalidad pretendida por el PNT.

que son los métodos de autenticación electrónica (Firma³² electrónica), el campo donde más dificultades se han evidenciado³³.

En el ámbito andino, tal y como se pudo visualizar de forma inicial en la Figura No. 6 del acápite anterior, se pueden evidenciar, básicamente, tres (3) estados o situaciones diferentes, que se explican a continuación:

2.3.1. Estados con normatividad claramente favorable a la FD.

En este punto, se destaca que se identifican, en la Comunidad Andina, dos (2) estados con normatividades, especialmente orientadas a favorecer una técnica de autenticación específica, relacionada con la Firma Digital, en la que, adicionalmente, ha de intervenir un tercero certificador. Estos estados son: Bolivia y Ecuador.

En ambos casos, la normatividad es específica sobre las condiciones o requisitos que habrá de cumplir el método de autenticación, en aras, seguramente, de encontrar una mayor seguridad y precisión en la identificación del *autor* de un determinado mensaje de datos. En este sentido, expone el Art. 34 de la LCEB y el Art. 15 de la LCEE que la firma ha de:

- i) Estar vinculada exclusivamente el mensaje de datos a su titular.

32 En este punto es preciso destacar que la CNUDMI ha explicado que las principales funciones principales de la *firma* en un entorno basado en papel son: i) **Identificación:** Distinguir al signatario; ii) **Probatoria:** Aportan certidumbre acerca de la participación personal de esa persona en el acto de la firma y, iii) **Atribución:** Vinculan al signatario con el contenido de un documento. En este sentido, una firma puede constituir un testimonio de la intención de una parte de considerarse vinculada por el contenido. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*. Organización de Naciones Unidas [ONU]. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf [1.12.2011]

33 Illescas Ortiz, R. Derecho. Op. Cit. Pág. 57

- ii) Permitir verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario.
- iii) Poseer un dispositivo de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito empleado.
- iv) Estar, los datos de creación de la firma al momento de creación o distribución del mensaje de datos, bajo el control exclusivo del signatario y su posterior fiscalización.
- v) Permitir detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

Adicional a lo anterior, el Art. 35 LCEB y los Arts. 20 y 21 de la LCEE exigen que, la firma que se emplee, deba estar respaldada por un certificado electrónico vigente expedido por una Entidad de Certificación (constituida de conformidad con los Art. 48 y siguientes de la LCEB o Arts. 29 y siguientes LCEE).

Es evidente que el tratamiento actual de la legislación en estos dos países no es plenamente neutral, sino que por el contrario privilegia la tecnología de la firma electrónica más difundida (esto es, la firma digital), caracterizada por un funcionamiento de doble clave (privada y pública), así como se exige, la intervención de una entidad de certificación.

Ahora bien, para finalizar, causa especial curiosidad que las dos legislaciones que se agrupan en esta situación, confunden de forma abierta el género con la especie. Es así, y como se anotó con anterioridad, que en ambos casos se dispone expresamente que *“la firma electrónica tendrá la misma fuerza, validez y efectos jurídicos que la ley otorga a la firma manuscrita (...)”*, siendo evidente que por los requisitos establecidos, el verdadero equivalente, es la firma digital con certificación por una tercero (entidad de certificación).

2.3.2. Estado con normatividad abierta a la FE

Esta es, como puede evidenciarse, la situación opuesta a la planteada anteriormente. En este caso, hacemos referencia exclusiva a la normatividad del Perú, que en su normativa es claro y abierto al PNT. En este caso, la LCEP establece que *“(...) tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad”*.

En este caso, la legislación es clara en establecer que es la firma electrónica el verdadero equivalente funcional de la firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad. Esta disposición es claramente neutral, para los efectos del presente acápite, pues deja abierta la posibilidad de implementar, usar o apropiarse de diferentes tipos de firmas electrónicas. No quiere decir esto que, no exista ningún tipo de disposición sobre la firma digital con certificación de un tercero, sino que, ésta, la FD certificada, no es el único equivalente válido. En este sentido, se destaca que la misma ley 27269 también regula la FD, aclarando que *“La firma digital es aquella firma electrónica (...)”*.

Es precisamente en esta circunstancia donde reposa la neutralidad que se le reconoce al ordenamiento peruano, que a partir de una efectiva distinción entre firma electrónica y firma digital, deja abierta la posibilidad a nuevas formas tecnológicas, a nuevos avances o técnicas, sin que ello implique un “envejecimiento” o “atraso” de la norma.

2.3.3. Estado con disposiciones abiertas, pero que en su aplicación son favorables a la FD.

En este tercer estado o situación, se encuentra el ordenamiento jurídico colombiano, que, como se anotó con anterioridad, vive en el enfrentamiento de dos normas de la misma Ley 527 de 1999, a saber:

“ARTICULO 7. FIRMA. *Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:*

- a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;*
- b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma” (negrilla fuera de texto).

“ARTICULO 28. ATRIBUTOS JURÍDICOS DE UNA FIRMA DIGITAL. *Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.*

PARÁGRAFO. *El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla incorpora los siguientes atributos:*

- 1. Es única a la persona que la usa.*
- 2. Es susceptible de ser verificada.*
- 3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.*
- 4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.*

5. *Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional*” (negrilla fuera de texto).

Aunque en principio, y en teoría, las dos normas no muestran una necesaria contradicción, al “*echar a andar*” la norma, la situación es completamente distinta: El debate se ha centrado entonces en definir el *verdadero querer del legislador*. Los opuestos del debate se pueden plantear de la siguiente forma:

2.3.3.1. Interpretación restringida: el único equivalente de la firma manuscrita es la firma digital.

Al amparo de esta posición, no hay lugar a equívoco alguno, pues el sentido de la ley es claro (interpretación gramatical, Art. 27 del Código Civil Colombiano). El Art. 7 fija unos parámetros iniciales del equivalente, acogiendo la redacción de la LMCE, sin embargo, ésta no es una norma completa, sino que se integra a lo dispuesto por el Art. 28. Bajo este entendido, el equivalente de la firma manuscrita, será aquel método que pueda satisfacer los requisitos de ambas normas jurídicas, esto es, actualmente, la firma digital con certificado emitido por un tercero³⁴.

De igual forma, esta posición se apoya en la revisión del contexto de las disposiciones (Art. 30 del Código Civil Colombiano), en tanto, el Art. 7 hace parte de la parte I (“*parte general*”), capítulo II de la ley titulado “*aplicación de los requisitos jurídicos de los mensajes de datos*”, mientras el Art. 28 se ubica en la Parte III (“*firmas digitales, certificados y entidades de certificación*”), capítulo I denominado “*firmas digitales*”, situación ésta que ubica al Art. 28 como una norma especial y preferente, así como reafirma su vocación de complementariedad³⁵.

³⁴ Vid. RINCÓN CÁRDENAS, E. Manual de derecho de comercio electrónico y de internet. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006; RINCÓN CÁRDENAS, E. Discusiones alrededor de la firma digital. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 281, 2009, p. 1; RINCÓN CÁRDENAS, E. Sobre el proyecto de reglamentación de firmas electrónicas. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 289, 2010, p. 14-15

³⁵ Vale la pena destacar que, en un seminario llevado a cabo el día 30 de noviembre de 2011, el principal expositor de la tesis restringida, el ERICK RINCÓN CÁRDENAS evidenció

Es de anotar que, adoptar una postura como la descrita, limita, al igual que en el caso de Bolivia y Ecuador, el PNT en el sentido que se privilegia la tecnología de la *firma digital*, descartando de plano la aplicación de métodos de autenticación.

Interpretación amplia: la LCEC contempla la posibilidad de equivalentes diferentes de la FD, solo que la FD fue reglamentada por sus características técnicas propias.

Desde esta perspectiva, el legislador expresó su real intención en el Art. 7 de la LCEC. Es así, como su querer (y por tanto el verdadero alcance de la norma) es establecer un equivalente funcional amplio como el de la LMCE³⁶, solo que por las características técnicas esenciales de la FD, se hacía necesario reglamentarla.

En este sentido, REMOLINA ANGARITA³⁷ indica que no hay ninguna norma en la legislación colombiana que exija como único equivalente a la FD, a modo de ejemplo cita las siguientes normas: *ley 1350 de 2009*, “por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa

una profunda moderación de su posición en el sentido que acepta que, de conformidad con el Art. 7 de la LCEC, el equivalente funcional de la firma manuscrita es la firma electrónica. Sin embargo, aclara que la Firma Digital Certificada posee una preferencia probatoria que el ordenamiento jurídico solo le concede a esta, razón por la cual se dota a los documentos signados con FD de mayor seguridad probatoria y procesal. RINCÓN CÁRDENAS, E. *Transacciones electrónicas, firmas digitales o electrónica y autenticación*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 30 de noviembre 2011. En este mismo sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

36 *Vid.* ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación... Op. Cit.; ESPINOSA QUINTERO, L. Algunos aportes, respecto del documento GECTI No. 10. Comunicación dirigida a Nelson Remolina Angarita. 15 de marzo de 2010. Disponible en línea: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/carta_algunos_aportes.pdf [15.10.2011]

37 *Cfr.* REMOLINA ANGARITA, N. ¿Pensar en las necesidades del país o mantener a ultranza un statu quo para la firma digital de las entidades de certificación abierta –ECA-? Documento GECTI No. 10. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. 2010. Disponible en línea: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/documento_GECTI_10_firmas_electronicas_marzo_2010.pdf [15.10.2011]

Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen la Gerencia Pública”; *Decreto 852 de 2009*, “por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 159 de 2002, modificado parcialmente por el Decreto 072 de 2005, y se dictan otras disposiciones”; *Resolución 1339 de 2008* del Ministerio de Transporte, “por la cual se adopta el uso de la firma digital para los sujetos obligados a reportar información al Ministerio de Transporte”; *Resolución 1448 de 2006* del Ministerio de la Protección Social, “por la cual se definen las condiciones de habilitación para las instituciones que prestan servicios de salud bajo la modalidad de telemedicina”; *Ley 1111 de 2006*, “por la cual se modifica el estatuto tributario de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, y *Circulares Externas 003 de 2005* de la Superintendente de Industria y Comercio y *100-004* de la Superintendencia de Sociedades.

Ahora bien, adicional a lo anterior, es preciso destacar que en ningún momento el Art. 28 expresa que la FD sea la única que ha de tener la “*misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita*”, la ley, en este sentido, se limita a indicar que la FD está en potencia de considerarse como equivalente de la firma manuscrita si cumple con los requisitos anotados.

De igual forma, que como se ha reconocido en la exposición de motivos y en los “exámenes” de constitucionalidad de la ley (Sentencias C-662 de 2000 y C-831 de 2001), ésta, la LCEC, se inspira y es desarrollo de la LMCE, razón por la cual se extralimita quien pretenda negar que la interpretación de la normatividad ha de seguir lo dispuesto por la LMCE³⁸.

Esta posición, por el contrario, se muestra más similar a lo estudiado en relación con el ordenamiento jurídico peruano, en el

³⁸ A este respecto es particularmente importante resaltar lo dispuesto por el Art. 3 de la LCEC que a la letra expresa: “*Interpretación. En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen **internacional**, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe*”.

que se mantiene una postura abierta frente al equivalente funcional de la firma, favoreciendo la acogida de nuevas formas tecnológicas, a nuevos avances o técnicas.

2.3.3.3. La posición de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil.

Dada la trascendencia de la discusión doctrinal antes descrita, resulta ampliamente ilustrativa la posición recientemente sentada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA³⁹, en la cual le correspondía estudiar el valor probatorio de una serie de correos electrónicos aportados a un proceso civil.

El recorrido del proceso muestra claramente que el *a quo* se negó a atribuirle valor jurídico alguno a un conjunto de correos electrónicos aportados en el proceso pues no era posible tener certeza sobre la autenticidad (quién era el autor del documento) de los mismos, bajo dos supuestos: i) en ninguno de los correos había sido empleada una firma digital y, ii) al llamar a diligencia de reconocimiento de documento al presunto autor, éste, había negado su autoría⁴⁰.

Al respecto la CORTE indica que:

“De todas maneras, al margen de la señalada deficiencia técnica se tiene, por un lado, que ciertamente el correo electrónico al que hace referencia el cargo formulado, carece de autenticidad, amén de que no aparece fijada a él la firma digital de su autor y por otro, que el juzgador cognoscente del asunto agotó las facultades conferidas

39 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Expediente No.11001 3110 005 2004 01074 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

40 Es de resaltar inicialmente que, aunque la sentencia en cita puede no encuadrar exactamente el problema jurídico en estudio, pues no enfrenta dos métodos de autenticación (p.e. un método biométrico vs. firma digital), si nos presenta la posición inicial del máximo tribunal de la justicia ordinaria en torno al tema, entregando elementos para predecir la posición que se podría asumir en el evento de enfrentamiento de dos métodos de identificación electrónicos.

para establecer su autenticidad, pues convocó a la persona a quien se le imputaba su autoría -José Fernando Cerón Quintero, ex cónyuge de la actora- a reconocer el mismo (folios 484 a 489 del C.1), sin que éste hubiese aceptado ser su creador. (...)

Por tal razón y ante la imposibilidad de que el documento informático pudiese tener una firma manuscrita, fue concebida la de carácter electrónico, que consiste, según la doctrina, en “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

En este extracto, la CORTE inicia expresando que la autenticidad del mensaje de datos (correo electrónico) como documento y, por ende su valor y fuerza probatoria, guarda una necesaria relación con la existencia de una firma digital “fijada” en el mismo. Es evidente, que la CORTE, entonces, se orienta a acoger la interpretación restringida antes expuesta. Ahora bien, no siendo suficiente dicha afirmación, párrafos más adelante resalta que:

“Dicha especie de firma electrónica (refiriéndose a la FD) se equipara a la firma ológrafa, por cuanto cumple idénticas funciones que ésta, con las más exigentes garantías técnicas de seguridad, pues no sólo se genera por medios que están bajo el exclusivo control del firmante, sino que puede estar avalada por un certificado digital reconocido, mecanismos que permiten identificar al firmante, detectar cualquier modificación del mensaje y mantener la confidencialidad de éste (...).

De manera, pues, que el documento electrónico estará cobijado por la presunción de autenticidad cuando hubiese sido firmado digitalmente, puesto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 ibídem, se presumirá que su suscriptor tenía la intención de acreditarlo y de ser vinculado con su contenido (...).”

Esta sentencia evidencia como la posición de la jurisprudencia es entender que la FD es un equivalente de la firma manuscrita que goza de especial protección probatoria, pues aunque realiza (obviamente a título de *obiter dicta*) una completa ilustración de la LCEC, de sus antecedentes y de la diferencia entre FE y FD, la *ratio decidendi* que se infiere de los textos transcritos es que el mensaje de datos que carezca de una FD, no le es predicable la característica de autenticidad que otorga la firma manuscrita, razón por la cual exige del juez un procedimiento adicional, denominado reconocimiento de documento que, si como en el caso en estudio de la CORTE, no obtiene resultado positivo, niega toda validez y fuerza probatoria al documento digital.

Ahora bien, para finalizar con el presente acápite, a continuación, se presenta un cuadro resumen del PNT en los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina:

Figura 7.

Cuadro resumen de la situación del principio de neutralidad tecnológica en la Comunidad Andina.

Criterio de Comparación	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
		<i>Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)</i>	<i>Ley 527 de 1999 (LCEC)</i>	<i>Ley 67 de 2002 (LCEE)</i>
Formulación del PNT.	El art. 4.a) de la LCEB, consagra expresamente el PNT al expresar que la ley: <i>“no favorece ni restringe el uso de ciertas tecnologías, en tanto y en cuanto cumplan los requisitos y presupuestos establecidos en las normas aplicables”</i> *	En estos países, ninguna de las normas consagra de forma expresa la existencia del PNT. En estos casos, los ordenamientos jurídicos prefieren interiorizar la finalidad del citado principio y, propiciar su aplicación en los casos particulares que plantea la materia.		
Situación del PNT frente a la FE o FD.	Estado con normatividad claramente favorable a la FD	Estado con disposiciones abiertas, pero que en su aplicación son favorables a la FD	Estado con normatividad claramente favorable a la FD	Estado con normatividad abierta a la FE

* Es cuando menos curiosa esta formulación de la LCEB, pues aunque es el único país de la CAN que posee expresamente una definición o declaración del principio, su posición en relación al equivalente de la firma manuscrita, es claramente limitativo del mismo.

Fuente: Elaboración propia.

2.4. Principio de inalterabilidad del derecho vigente.

El principio de inalterabilidad del derecho vigente (PIDV) parte de la base que las tecnologías de la información y las comunicaciones son un nuevo soporte, herramienta, medio de transmisión o vehículos de las voluntades negociales. Así las cosas, la normatividad sobre

este particular ha de concentrarse en la formalización de dichas manifestaciones digitales⁴¹.

En este sentido, el PIDV implica que la reglamentación que se ha de expedir sobre el contrato celebrado con ayuda de medios electrónicos no modifica, altera y, mucho menos, deroga las normas sobre la existencia, validez, perfeccionamiento, ejecución, cumplimiento o incumplimiento del contrato en sí mismo. Estas normas sustanciales no solamente sobreviven sino que también se hacen aplicables a los contratos electrónicos. En otras palabras, el PIDV se trata de una pauta fundamental de legislación⁴² que impide que las nuevas técnicas de hacer negocios entren en conflicto con las decimonónicas normas de los contratos existentes en los diferentes ordenamientos⁴³.

Así pues, de forma inicial, al hablar de la formación de contrato, como es el objeto del presente escrito, han de tenerse en cuenta tanto las normas especiales sobre el comercio y la contratación electrónica, como los códigos (civiles y de comercio) de cada uno de los países de la Comunidad Andina, como se evidenciará en los capítulos siguientes.

Desde otra perspectiva, es preciso mencionar que cosa distinta es que, ante los nuevos retos y normativas, se generen figuras, protecciones o instituciones que complementen la legislación vigente, sin que esto implique la alteración del derecho vigente. Así, por ejemplo, las añejas codificaciones de los países miembros de la Comunidad Andina no contemplaban, en ninguna forma, la figura del *acuse o confirmación de recibo*, a lo sumo, dicho aspecto era tratado por costumbres o prácticas.

41 ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho... Op. Cit. Págs. 49 y siguientes.

42 Se considera claramente apropiada la definición del PIDV como una “*pauta de legislación*”, teniendo en cuenta que ni en los referentes de carácter internacional, ni en los ordenamientos jurídicos nacionales de la Comunidad Andina, existe como una disposición expresa o independiente. Por el contrario se trata de patrón de comportamiento de las normas y de las autoridades que las expiden, que buscan a partir de este principio propiciar la integración armónica entre las normas especiales del *e-business* y las normas tradicionales de obligaciones y contratos.

43 Vid. TORRES TORRES, A.Y. Principios... Op. Cit. Págs. 38 y siguientes.

Sin embargo, la mayoría de las legislaciones relativas al comercio electrónico incorporan disposiciones relativas a las confirmaciones de recibo de los mensajes⁴⁴. En este punto, es posible mencionar que, aunque en esencia estas disposiciones están diseñadas para regular el intercambio de mensajes de datos, nada impide o prohíbe su uso o *adaptación* a otras formas de comunicación.

Los *acuses de recibo*, en términos generales, ha de entenderse como el conjunto de procedimientos por medio de los cuales, el destinatario de un mensaje de datos registra o verifica la recepción del mismo al iniciador y que, por tanto, da certeza al remitente de que el envío y la recepción han tenido lugar en una fecha y hora determinada a través del sello de tiempo electrónico, así como, impide que el destinatario rechace el envío⁴⁵.

Ahora bien, las leyes de Bolivia y Colombia, acogen las disposiciones de la LMCE sobre la forma que puede revestir un acuse de recibo, así⁴⁶:

44 Es pertinente resaltar que, de los países de la CAN, solo la LCEE no incluye ninguna disposición relativa al acuse de recibo.

45 De los ordenamientos jurídicos de la CAN, solo la LCEB y la LCEP, incorporan una definición de acuse de recibo, las cuales, en términos generales, son similares a la incluida en el presente documento.

Glosario de Términos de la LCEB. *“Acuse de recibo. Es el procedimiento por el cual se verifica, al momento de recepción por parte del destinatario, la integridad, autenticidad y origen de un mensaje de datos o documento electrónico, y un aviso de recepción del mensaje de datos o documento es enviado por el destinatario del documento”*.

Art. 14 de las disposiciones complementarias finales del Reglamento de la ley 27269, ley de firmas y certificados digitales (Decreto Supremo N° 052-2008-PC). *“Acuse de Recibo.- Son los procedimientos que registran la recepción y validación de la Notificación Electrónica Personal recibida en el domicilio electrónico, de modo tal que impide rechazar el envío y da certeza al remitente de que el envío y la recepción han tenido lugar en una fecha y hora determinada a través del sello de tiempo electrónico”*.

46 En todo caso, es preciso tenerse en cuenta, de conformidad con lo establecido en el Art. 14.3) de la LMCE (Art. 25.II LCEB y Art. 20 inc. 2 LCEC), que: *“si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo”*.

- i) La primera opción, corresponderá a las partes. En este caso, son los contratantes quienes acuerdan la forma o método determinado para efectuarlo y, solo en ausencia de pacto, se aplican las reglas siguientes sobre el acuse de recibo⁴⁷.
- ii) En el evento de ser acordado el acuse de recibo, pero las partes guardaron silencio sobre la forma en la cual se deberá dar éste, la confirmación de recibo puede presentarse mediante:
 - a. Toda comunicación del destinatario, automatizada o no,
 - b. Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos.

Por otra parte, se destaca que la LCEC incorpora, en el Art. 21, dos presunciones: la primera, orientada a que la recepción del acuse de recibo presume que el destinatario ha recibido el mensaje de datos. Sin embargo, se advierte que esta presunción tiene `por objeto únicamente que el destinatario ha recibido un mensaje de datos y, por tanto, no implica que el mensaje de datos recibido corresponda al mensaje remitido por el iniciador.

La segunda, expone que *“cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así”*.

Para finalizar, se considera necesario hacer referencia a la disposición incorporada en el Art. 1 de la LCEP, que a la letra expone que:

“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser

⁴⁷ De acuerdo con lo anterior, las normas sobre la forma o medio de dar acuse de recibo son de **carácter supletivo**, esto es, que pueden ser inaplicadas o modificadas por acuerdo expreso de las partes.

que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo”.

Es evidente entonces, que la normatividad peruana erige como elemento esencial de las comunicaciones electrónicas que se generen en el tráfico mercantil al acuse de recibo. No obstante, se extraña que luego de otorgar un lugar tan alto al acuse de recibo, haya guardado silencio sobre los medios o formas de generar el mismo, o sobre el procedimiento en caso de no ser recibido el mismo.

En estos eventos, el agente jurídico deberá acudir al acuerdo de las partes y, en su defecto, a las costumbres y prácticas o a la LMCE que, como elemento internacional de referencia y parte integrante de la *lex mercatoria*, podría ser invocada como principio general del derecho y del comercio electrónico.

2.5. Principio de autonomía de la voluntad privada

El principio de “*autonomía de la voluntad privada*” (PAVP), obviamente, no nace con el desarrollo de la contratación electrónica. Su origen, formulación y defensa abarca un alcance temporal mucho más amplio que el de las TIC’s. En este sentido, es pertinente traer a colación el estudio del PAVP como parte del comercio electrónico, se evidencia como una manifestación concreta del PIDV. Sin embargo, su reconocimiento como axioma necesario del comercio electrónico, también, parte de la base que la ignorancia de la innovación genera desconfianza⁴⁸.

Así pues, aunque la aparición de las TIC’s, como se explicó con anterioridad, se tiene como la existencia de un *nuevo medio* o

48 ILLESCAS ORTIZ, R. Derecho... Op. Cit. Pág. 58.

instrumento para la expresión de las voluntades negociales y, por lo tanto, no implica el diseño de una nueva concepción del contrato o de las instituciones que lo han de regular, ha de reconocerse que, en la práctica, el empleo de los nuevos medios técnicos para la celebración de contratos crea en los empresarios y, en especial, en los consumidores⁴⁹, el temor o desconfianza en relación a la validez futura de los acuerdos, e incluso de la posibilidad de *probar* la existencia de los mismos.

Un reflejo claro de la desconfianza de los usuarios, en general, de los medios electrónicos es la afirmación relativa a que “*internet es un lugar sin ley*”⁵⁰, esto es, un espacio en el cual las actuaciones, conformes o contrarias a la ley, escapan de las normas o leyes de los países, generando, en cierta medida, zonas inmunes al derecho⁵¹.

49 En el contexto Andino es preciso destacar la reciente aparición de varias normas que incorporan normas de protección al consumidor, tales como: *Bolivia*: Decreto Supremo No. 0065 del 3 de Abril 2009, conocida como la Ley General de Protección al Consumidor y/o Usuario; *Colombia*: Ley 1480 del 12 de octubre de 2011 (Estatuto del Consumidor) y la Ley 1328 del 15 de julio de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones; *Perú*: Ley No. 29571 del 14 de agosto de 2010, conocido como el Código de Protección y Defensa del Consumidor

50 Afirmación tomada de: MONROY RODRÍGUEZ, J.C. Explicación del proyecto de ley 241 por el cual se quiere regular la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracciones al derecho de autor. *Foro Académico: Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Internet*. 20 de octubre de 2011. Universidad Sergio Arboleda. Dirección Nacional de Derecho de Autor.

51 La expresión “zonas inmunes” se extracta del salvamento de voto presentado por el CIFUENTES en la sentencia C-347 del 23 de julio de 1997 (CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. JORGE ARANGO MEJÍA), en la cual se estudió la exequibilidad del numeral 3 del Art. 1 y el último inciso del Art. 4 de la Ley 315 de 1996.

En la sentencia C-347 de 1997, la Corte Constitucional se plantea como problema jurídico definir si es, o no, ajustado a la Constitución permitir el acuerdo de las partes de acudir a un tribunal de arbitramento internacional cuando el contrato posee como elemento extranjero, la nacionalidad de, aunque sea, una de las partes. En el aludido salvamento de voto, el magistrado CIFUENTES afirma que aunque se reconoce al arbitraje internacional como una excepción al principio de aplicación territorial de la ley, no puede implicar que todo el sistema de normas llamado a regular relaciones privadas respecto de las cuales existe un interés público constitucional -como las relaciones mercantiles-, adquiera el carácter de facultativo, sometiendo su aplicación al libre albedrío de las partes. Para el magistrado: “*Ello equivale a admitir que el único interés público relevante en tales relaciones es el de proteger la libertad, olvidando los valores, principios y derechos constitucionales que han de ser garantizados por el legislador al reglamentar tales relaciones*”. En este sentido, el magistrado CIFUENTES propugna porque no se establezcan “Zonas Inmunes” a la aplicación directa

Sin embargo, no pueden estar más equivocados quienes piensan que el ciberespacio y, en general, los medios electrónicos están en el “aire”, pues en estos espacios confluyen dos tipos de normatividades: En primer lugar, aquellas que son creadas de forma especial o específica para la materia (p.e. normas de comercio electrónico, telecomunicaciones, propiedad intelectual, protección de datos, etc.) y, en segundo lugar, también son aplicables las normas generales, por ejemplo, aquellas que regulan en contrato en general⁵².

Ahora bien, es preciso advertir que el PAVP es la piedra angular del esquema teórico del negocio jurídico. En otras palabras, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, es el fundamento a partir del cual surge el negocio como norma jurídica⁵³, vinculante para quienes lo consienten y eficaz ante el derecho⁵⁴. En términos generales, el PAVP puede ser definido como el atributo que la ley les confiere a las manifestaciones de voluntad de los particulares, para que éstos regulen

o indirecta de las disposiciones constitucionales, so pretexto de proteger la “libertad contractual”.

- 52 LÓPEZ MEDINA, en su estudio sobre conceptualismo del siglo XIX encabezado por Geny, expone que el principio de la autonomía de la voluntad privada, en estricto sentido no parecía existir en el derecho romano histórico. En este sentido, el principio ha de ser entendido como una concepción moderna, que se presenta como resultado de una lectura científica de los textos antiguos, a partir de los cuales se deduce que se trata de un concepto general y arquitectónico de la materia. Vid. ZIMMERMAN R. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Londres. 1996. Citado por: LÓPEZ MEDINA, D.E. *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá D.C. Legis, 2004. Pág. 262.
- 53 En igual sentido, NOGUERA LABORDE, siguiendo a CAPITANT, expone que son dos las características de todo acto jurídico: *i*) la voluntad de la persona o personas que desean que el acto alcance un fin jurídico y, *ii*) que el derecho una a este acto un efecto jurídico en razón de que dicho efecto ha sido el querido por el autor o autores del mismo. *Cf.* CAPITANT, H. *Introduction a l'Etude du Droit Civil*, París. A. Pedone, Editeur. Pág. 276. Citado por NOGUERA LABORDE, R. *Introducción General al Derecho*. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda. 2002. Pág. 217.
- 54 *Cfr.* ESPINOSA QUINTERO, L. ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? Tesis de maestría. Universidad Sergio Arboleda. 2008. Pág. 27; PÁJARO MORENO, N. *Autonomía Privada y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2006. Pág. 52-53.

su vida en sociedad. En este sentido, para KANT⁵⁵, la autonomía de la voluntad es la cualidad que tiene la voluntad *de ser ley por sí misma*.

Para REALE⁵⁶, la autonomía de la voluntad *“es el poder que dentro de los límites señalados por las leyes vigentes, tiene cada hombre de ser, de obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés y que, situado en el ámbito de la relación jurídica, se denomina bien jurídico”*⁵⁷. En este mismo sentido, DE MIGUEL ASENSIO, expone que: *“la voluntad de las partes no tiene un valor jurídico originario, sino que su poder vinculante deriva de la fuerza que le asigna un ordenamiento jurídico, a partir de un planteamiento básico (principio pacta sunt servanda). Ampliamente extendido (así, en España, arts. 1.091, 1254, 1255 y 1278 Cc)”*⁵⁸.

Por otra parte, CASTELLANOS RUIZ sostiene que: *“La autonomía privada como principio básico de la contratación implica el poder de autonormarse. También puede definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica y como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte. Y puede decirse, por último, que es un poder de ordenación de la esfera privada de la persona”*⁵⁹.

55 Citado por: Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. (2º reimpresión 2º edición). Bogotá. Temis. 1997. Pág. 69

56 Cfr. REALE, M. Introducción. Pág. 137.

57 El profesor EMILIANI ROMÁN expresó que: “el principio de la *autonomía de la voluntad* es el que reconoce a la voluntad humana eficacia jurídica propia, dentro de los límites de la realización de la justicia, para fijarse su ley a través de los actos jurídicos que contraiga, es decir, el contrato y el compromiso unilateral, y ejercitar libremente sus derechos. Este principio es una secuela lógica del reconocimiento de la dignidad y libertad humanas, que, de la personalidad moral del hombre, deriva su personalidad jurídica. Es una conquista cristiana: *solo consensus obligat, pacta sunt servanda*, decían los canonistas, refiriéndose a la vinculación moral del hombre con la palabra empeñada”. Vid. EMILIANI ROMÁN, R. *Curso Razonado de las obligaciones*. Tomo I. La obligación civil y sus fuentes voluntarias. Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda. 2001. Pág. 59.

58 DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Contratación Comercial Internacional*. AA.VV. Derecho de los Negocios Internacionales. (Primera Edición). Madrid (España). Iustel. 2007. Pág. 247.

59 CASTELLANOS RUIZ, E. *Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales*. En AA.VV. Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. Directores: OVIEDO ALBÁN, J; CALVO CARAVACA, A.L.. Tomo 2. Colección Derecho Privado y Globalización. Bogotá. Ibáñez. 2006. Pág. 56-57

Así las cosas, el PAVP implica que un ordenamiento jurídico confiere a las manifestaciones de voluntad de los particulares, la posibilidad y la libertad de fijar las *normas*, reglas o parámetros que han de regir sus asuntos o relaciones jurídicas. Es así, como, entonces, nada impide a los particulares, en ejercicio de la libertad y como manifestación del poder de auto regulación, celebrar acuerdos en los cuales se constituyan estructuras negociales atípicas, esto es, creando nuevos modelos jurídicos de acción, que los vinculan a la ejecución de determinados derechos y deberes. Así pues, también es frecuente que se haga una mezcla de dos o más modelos normativos, así como múltiples modificaciones tanto en el plano interno como en el internacional⁶⁰.

La autonomía de la voluntad privada en la Comunidad Andina

La autonomía de la voluntad, como se ha venido exponiendo, es un pilar esencial en el derecho de los contratos, tanto nacionales como internacionales. En este sentido, es pertinente analizar algunos referentes jurisprudenciales y normativos que el reconocimiento que los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la CAN le ha dado al principio de autonomía de la voluntad privada.

En primer lugar, se encuentra la Sentencia 0141 del 2004 emitida por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, mediante la cual resuelve el *recurso directo de inconstitucionalidad*⁶¹ de la Resolución Ministerial 456/04 de 7 de septiembre, interpuesto por Víctor Enrique Urquidi Hodkinson, Senador de la época de la República Boliviana.

La aludida Resolución 0141 establece la obligatoriedad del incremento salarial en el sector privado, sobre la base del tres por ciento (3%) que corresponde al monto del incremento en el sector

60 *Cfr.* REALE, M. Introducción... Pág. 137.

61 El art. 54 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) de Bolivia dispone que: “El recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad procederá contra toda ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial, contraria a la Constitución Política del Estado como acción no vinculada a un caso concreto.”

público. Para el accionante, esta circunstancia contraviene lo dispuesto por la Ley 1182 de Inversiones que, en su art. 13, determina que las remuneraciones a empleados y trabajadores serán establecidas entre las partes, de modo que el porcentaje obligatorio que impone la norma impugnada vulnera claramente la libre negociación, que hasta hoy ha sido la regla.

En concreto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL se refiere al principio de autonomía de la voluntad como *“un elemento de la libertad en general; que constituye la libertad jurídica y, en suma, el poder de la persona para crear, mediante un acto de voluntad, una situación, cuando este acto tiene un fin lícito”*. En este sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL concibe la autonomía de la voluntad como un *poder reconocido* por el ordenamiento jurídico, este poder, en tanto situación abstracta, no hace referencia a un sujeto o a un objeto específico pero es el punto de partida de la relación jurídica.

Ahora bien, continua el TRIBUNAL, expresando que *“(...) en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de “querer” jurídicamente, y por lo mismo, el derecho a que ese querer sea protegido socialmente. Dentro de ello, todo querer puede traducirse en un convenio, si hay coincidencia de voluntades; acuerdo que, de no contrariar el orden público, la moral y las buenas costumbres, surte efectos idénticos a la ley, en cuanto ésta es productora de obligaciones”*⁶². En este punto, es evidente que el Tribunal Constitucional reconoce la presencia del principio de autonomía de la voluntad y le da efectos idénticos a la ley, siempre y cuando sea expresada al amparo de unos límites como lo son *“el orden público, la moral y las buenas costumbres”*.

Por otra parte, en Sentencia C-660 de 1996, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA⁶³ reconoce que, respecto de la autonomía

62 *Cfr.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Sentencia 0141 del 17 de diciembre de 2004. Expediente: 2004-10121-21-RDI. M. R. Elizabeth Iñiguez de Salinas.

63 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-660 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia se estudia la exequibilidad del artículo 1135 del Código Civil que a la letra dice: *“Artículo 1135. La condición de casarse o no casarse con una persona determinada, y la de*

privada de la voluntad, no existe una norma en la Constitución que la contemple en forma específica. El principio, entonces, se deduce de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás.

Así mismo, en la Sentencia C-529 del 2000⁶⁴, la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA establece que la autonomía de la voluntad privada, se deriva del derecho a la libertad que tienen las personas para contratar de acuerdo con los artículos 13, 16 y 333 de la Carta Política, y en ese sentido la define como:

“la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que éstos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos; no posee un carácter absoluto en tanto su validez dependerá de que no vulneren disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público, las buenas costumbres, ni los derechos de los demás”⁶⁵.

abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán”.

64 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-529 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel. En esta sentencia se estudia la exequibilidad de la Ley 518 de 1999, por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, hecha en Viena el 11 de Abril de 1980

65 Ahora bien podemos rescatar algunas otros referentes jurisprudenciales: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1194 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-668 DE 2003. M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-367 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C -660 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Para ampliar este tema: Vid. Espinosa Quintero, L. ¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano? Universidad Sergio Arboleda. Maestría en Derecho. Tesis de Maestría. 2008.

Así mismo, precisa la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, en sentencia C-186 de 2011⁶⁶, que la autonomía de la voluntad:

- i) Supone la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones (p.e. derechos fundamentales, servicios públicos, parte débil, prácticas restrictivas de la competencia, entre otras).
- ii) Persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común.
- iii) Es intervenida por el Estado, para evitar el abuso de los derechos.
- iv) Recibe una especial protección por parte de los jueces.

Desde otra perspectiva, es necesario destacar que, la Constitución Política de la República del Perú, a diferencia de los textos constitucionales de los demás países de la CAN, consagra expresamente la libertad de contratar en los artículos 2 inciso 14 y 62, que a la letra indican:

“Art. 2 de la Constitución Política de la República del Perú. Toda persona tiene derecho:

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

“Art. 62 de la Constitución Política de la República del Perú. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-186 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia se estudia la exequibilidad del artículo 22 (parcial) de la Ley 1341 de 2009, “por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del espectro y se dictan otras disposiciones”

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Al respecto, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, en Sentencia emitida el 29 de enero del 2003⁶⁷, respecto de la acción de amparo interpuesta por el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde representado por doña Alicia Chicchón de Horna contra el Ministerio de Educación expresó que:

“(..) el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar -consagrada en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución Política del Perú- llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”.

Así mismo, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, en Sentencia del 30 de enero del 2004⁶⁸, mediante la cual resuelve la acción de amparo interpuesta por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Santo Domingo y otros contra el Congreso de la República y el Ministerio de Trabajo y Promoción Social expone que:

“Si bien el artículo 62° de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con

67 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 29 de enero del 2003. Exp: 2185-2002-AA

68 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia del 30 de enero del 2004.

su artículo 2º, inciso 14), que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por consiguiente, y a despecho de lo que pueda suponer una conclusión apresurada, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que, acorde con lo citado, permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no sólo por límites explícitos, sino también implícitos; (...) Límites explícitos a la contratación, conforme a la norma pertinente, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos” (Negrilla fuera de texto)⁶⁹.

De lo anterior, es evidente que los ordenamientos jurídicos de los países de la Comunidad Andina entienden el PAVP como un *poder dispositivo de regulación*, que se encuentra sometido a la intervención normativa del Estado. En este sentido, es evidente que el PAVP no es un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, sino que, por el contrario, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado⁷⁰.

69 Estudio jurisprudencial extractado de: ALEGRÍA ZEVALLOS, M. *La concesión y el contrato ley en las sentencias del Tribunal Constitucional*. Teleley. s.f. Disponible en línea: http://www.teleley.com/articulos/art_170708-2.pdf [22.10.2011]

70 ESPINOSA QUINTERO expone el concepto de *orden público* desde un sentido amplio, de tal forma que es el único límite a la autonomía de la voluntad y, se encuentra constituido no solamente las leyes imperativas (dentro de las cuales están las normas constitucionales), sino otros elementos como los fundamentos político-económicos de la sociedad (la protección de la parte débil, la familia como núcleo esencial de la sociedad, la persona y su integridad como interés fundamental, la represión de los comportamientos ilícitos); los valores morales de la comunidad (las buenas costumbres, la buena fe, el no abuso del derecho, la razonabilidad de las acciones, etc.), entre otros. El orden público, entonces, es el conjunto de elementos, normas, principios y valores que propugnan por la: i) Defensa de la organización social y la estructura del Estado. ii) Protección de la parte económicamente débil en los contratos. iii) Ordenación correcta de la vida económica

En conclusión, los ordenamientos jurídicos de la CAN favorecen la celebración de contratos por vía electrónica, al incorporar normas que propugnan por la validez de las manifestaciones de voluntad electrónicas, esto es, afirmando que el consentimiento prestado por vía electrónica es válido sin que sea necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos⁷¹.

No obstante, los contratos celebrados a través de medios electrónicos como manifestaciones del PAVP, esto es, que los contratos electrónicos emanan del *poder dispositivo de regulación* de los particulares y, por tanto, se encuentran sometidos a la intervención normativa del Estado. Esta intervención normativa se orienta a limitar la libertad de los particulares en la creación de normas, de tal forma que se protejan *intereses colectivos superiores*.

En la práctica del CE, un claro ejemplo de los intereses colectivos superiores o lo que es lo mismo, del orden público como concepto totalizador, son las normas de protección al consumidor electrónico (*e-consumer*)⁷². En primer lugar, es pertinente resaltar que la protección al consumidor nace del reconocimiento de que los consumidores

en pro de la utilidad social. Cfr. Espinosa Quintero, L. Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano. *Revista Civilizar*, Vol. 9, Núm. 16, enero-junio, 2009, pp. 15-39. Universidad Sergio Arboleda. Disponible en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/1002/100212247003.pdf> [22.10.2011]

71 JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. Guía del comercio electrónico para el consumidor comprar por internet: fácil, rápido y seguro. Observatorio Regional de la Sociedad de la Información (ORSI). 2009. Disponible en línea: http://www.dipsanet.es/juventud/img_pub/2010/100303_GuiaComercioElectronico.pdf [22.10.2011]

72 Se destaca, en este punto, el valioso aporte que, desde la perspectiva de los medios de pago se realiza en: RICO, M. *La protección de consumidores y usuarios de instrumentos de pago electrónico en el derecho comunitario europeo*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

A su turno, el profesor GARCIA COSO también llama la atención sobre el especial papel que los consumidores tienen como destinatarios de mecanismos de protección, en un mercado virtual transfronterizo y global. Cfr. GARCIA COSO, E. *El futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea*, en AAVV *Contratación electrónica*. Bogotá D.C. Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. Pp. 199-237. También en: GARCÍA COSO E. *La UE y los operadores de telecomunicaciones (protección del*

afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación en las diferentes relaciones negociales⁷³.

En este sentido, se concede a los consumidores una amplia gama de derechos con el fin de proteger, entre otros: *i*) su seguridad física, *ii*) sus intereses económicos⁷⁴, *iii*) la calidad de los productos y servicios ofrecidos y, *iv*) la educación e información suministrada.

consumidor y competencia en el mercado global del comercio electrónico), en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001. Pp. 109-156.

73 Vid. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999). Nueva York. 2003. Disponible en línea: http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf [23.10.2011]

74 A su turno el profesor VEIGA COPO, A., al referirse a las condiciones generales de la contratación a través de canal telemático, advierte que el contrato de seguro “no puede ser un paréntesis a las nuevas tecnologías y con ello, a los nuevos métodos e instrumentos de contratación que aquellas son capaces de crear y poner a disposición del tráfico jurídico y económico”; considerando que cuando el párrafo segundo del artículo 1.3 del RD 1906/1999 (que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales) , muy similar al segundo inciso del artículo 5.4 de la Ley 7/1998 (LCGC) que al disponer que deberá quedar constancia documental de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la norma específica aplicable a cada caso; incluye como soporte el electrónico y el magnético. Se trata de que el adherente pueda realmente conocer y aceptar de forma específica la contratación efectuada y la totalidad de los términos de la misma, incluidas sus condiciones generales de contratación. Por supuesto, previamente, el consumidor ha tenido la opción de ingresar a la página *web* de la compañía de seguros, pasando por su nota informativa, la guía de contratación electrónica y las condiciones generales y particulares del contrato que atañen a la protección de los derechos del tomador o en su caso del asegurado. Por supuesto, debe cumplirse a cabalidad con el deber de información precontractual dirigido a que el destinatario pueda conocer, antes de iniciar el proceso de contratación, las condiciones generales por las que se va a regir la entera relación aseguradora, tal como lo exige el artículo 27.4 de la LSSI. Ha de entenderse que dichas condiciones han sido puestas a disposición de los potenciales clientes por medios electrónicos, siendo lo habitual su inserción en una página web dentro del sitio del prestador, como oferta *ad incertam personam*. No obstante, el predisponente está obligado a enviar al adherente, que a su turno sea consumidor-tomador del seguro, “justificación escrita” de la contratación efectuada, donde consten todos los términos de la misma, según lo señala el artículo 5.4 de la LCGC. El profesor VEIGA COPO considera que dicho requisito se cumple, también, insertando las condiciones generales en la página web del prestador. Así mismo, señala que “Dado que la LSSI establece que los documentos electrónicos satisfacen el requisito de la escritura, hay que entender que el citado artículo no exige que la confirmación se haga en soporte de papel en defecto de opción por

En torno a la protección del consumidor electrónico (*e-consumer*), en la Comunidad Andina se evidencia la tendencia a incorporar algunas normas específicas para la protección del *e-consumer*⁷⁵, ya sea, en las

parte del consumidor, sino que puede hacerse directamente en cualquier otro soporte duradero, lo cual ha de incluir todos los soportes informáticos que permitan archivar los mensajes de datos que recibe el destinatario del servicio. Por tanto, un mensaje de correo electrónico será suficiente para cumplir tal cometido”. Todo, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), que señala que toda la información y condiciones contractuales deberán ser puestas por el asegurador a disposición del tomador en soporte duradero accesible al tomador con antelación suficiente al momento en que éste asuma cualquier obligación derivada del contrato de seguro. No obstante, en cualquier momento de la relación contractual el tomador tendrá derecho a obtener las condiciones contractuales en papel y a cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en lo que VEIGA COPO señala como “servidumbre que se siente hacia el papel[...]”, pues a pesar que la ley equipara un soporte a otro, el miedo, la escasa formación y el recelo siguen todavía minando lo que de por sí supone una ágil y dinámica operación concertada a través de medios más rápidos, eficientes e igualmente seguros. *Vid.* VEIGA COPO, A. *Condiciones en el contrato de seguro*, Granada, Comares, 2005, Pp. 113-124.

- 75 Sobre la protección de los consumidores y usuarios en el nuevo mercado transnacional del comercio electrónico, sostiene el profesor GARCIA COSO que, desde la perspectiva de la protección del consumidor –refiriéndose a la Directiva 1999/93 sobre Firma Electrónica y la Directiva 2000/31 sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en el Mercado Interior- no se menoscaban ni inciden en el nivel de protección de los consumidores y de sus intereses, “(...) puesto que mantienen activados el arsenal normativo en este ámbito generado por la Comunidad Europea e implementado por los Estados miembros. [...] siendo de aplicación simultánea al comercio electrónico”. GARCIA COSO, E. *La Unión Europea y los operadores de telecomunicaciones (protección del consumidor y competencia en el mercado global del comercio electrónico)*, en AA.VV. *Colección Biblioteca de Derecho de los Negocios*, Madrid, La Ley, 2001, P. 110.

Pero a pesar de ello, el profesor GARCIA COSO considera que las instancias nacionales, europeas e internacionales han dejado de lado, un área de intervención fundamental para lograr el objetivo de dinamizar el comercio electrónico, con las garantías necesarias para el consumidor y el usuario: salvaguardar la competencia en el mercado global del comercio electrónico, al mantenerse o permitirse prácticas anticompetitivas por parte de los operadores de telecomunicaciones tradicionales, tales como: i) acuerdos restrictivos de la competencia, ii) mantenimiento de posiciones dominantes y derechos exclusivos de explotación de los soportes técnicos que permiten las transacciones electrónicas. Concluye en su estudio el profesor GARCIA COSO que en el contexto normativo comunitario de Internet y del comercio electrónico, la protección del consumidor es insuficiente, ya que no se ha elaborado una normativa específica para el consumidor en el contexto de la contratación electrónica debiéndose, por tanto, recurrir a mantener activos o interpretar los mecanismos específicamente creados para la protección del consumidor en general. Es decir que, junto a la nueva regulación del *e-commerce* se mantienen aplicables todas las normas comunitarias dictadas en protección del consumidor comunitario, así como las

Leyes de Comercio Electrónico o en los Estatutos de Protección al Consumidor⁷⁶, como se evidencia en el siguiente cuadro resumen:

Figura 8.

Cuadro comparativo del principio de autonomía de la voluntad privada en los países de la Comunidad Andina.

Criterio de Comparación	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ley 67 de 2002 (LCEE)	Ley 27269 de 2000
Consagración Constitucional del PAVP.	Aunque, estos países reconocen el PAVP, no existe una norma en las Constituciones que la contemple en forma específica. El principio es deducido, entre otros, del derecho fundamental a la libertad como sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico.			La Constitución Política del Perú consagra expresamente la libertad de contratar en los artículos 2 inciso 14 y 62.
Visión del PAVP	Los ordenamientos jurídicos de los países de la Comunidad Andina entienden el PAVP como un <i>poder dispositivo de regulación</i> , que se encuentra sometido o limitado a un concepto totalizador de <i>orden público</i> , en el cual se incluye la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado.			

normas nacionales de adaptación de aquellas, pero habrá que recurrir a interpretarlas en un contexto técnico complejo que no presenta soluciones jurídica fáciles.

76 Aunque se considera claramente pertinente y necesario un estudio sobre los estatutos del consumidor electrónico en los países de la CAN, es evidente que dicho análisis exorbita el alcance y objetivo propio del presente documento. En este sentido, la referencia que se realiza sobre el tema es meramente ilustrativa y descriptiva, sin que se pretenda realizar un análisis profundo de la materia.

Criterio de Comparación	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ley 67 de 2002 (LCEE)	Ley 27269 de 2000
Normativa sobre la protección del <i>e-consumer</i>	La protección del consumidor se centra en el Decreto Supremo No. 0065 del 3 de Abril 2009. En esta normatividad no se incorpora ninguna referencia al comercio electrónico. Ahora bien, el proyecto de LCEB, incorpora, en los Arts. 67 y siguientes, normas específicas sobre el particular*.	La Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, conocido como el Estatuto del Consumidor, incorpora, en el art. 49 y siguientes, disposiciones especiales para el comercio electrónico.	La LCEE precisa la aplicación de dos componentes normativos: i) los Arts. 48 y siguientes, que consagran los derechos de consumidores electrónicos y, ii) la aplicación, en los aspectos generales y procesales, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley No. 2000-21 del 4 de julio de 2000.	La Ley No. 29571 del 14 de agosto de 2010, conocido como el Código de Protección y Defensa del Consumidor incluye (Arts. 24, 47, 55, 58 y 77) algunas disposiciones sobre el comercio electrónico.

* Se reitera que a la fecha del presente documento, no se encontró evidencia alguna de la sanción presidencial y promulgación del proyecto de LCEB.

Fuente: Elaboración propia

2.6. Principios de consensualidad (libertad de forma) y buena fe.

La consensualidad contractual es un principio rector de los negocios mercantiles, es decir, es un punto de apoyo de la institución contractual y en particular, de la denominada ley de las partes como fuente formal de derecho, según el cual el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de las voluntades de las partes y desde el instante en que se presta. De acuerdo con lo anterior, son consensuales todos los contratos para cuya eficacia no se requieren determinadas formalidades⁷⁷.

77 Vid. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación*. Op. Cit. Pág. 210.

En este sentido, la *consensualidad contractual* es un elemento esencial de los negocios mercantiles, según el cual el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de las voluntades de las partes y desde el instante en que se presta⁷⁸. De acuerdo con lo anterior, son consensuales todos los contratos para cuya eficacia no se requieren determinadas formalidades. En palabras de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA⁷⁹, la consensualidad es un “*principio rector general de los negocios mercantiles*”, en relación con el cual sólo excepcionalmente se reconocen como excluidos de su órbita, los contratos solemnes y los reales⁸⁰.

Sobre este particular, EMILIANI ROMÁN⁸¹ expone que: “*Si la voluntad es autónoma para crear obligaciones, solo se requerirá su manifestación jurídica*

78 VEIGA COPO sostiene que también aquellos contratos para los que la ley exige forma documental privada, son susceptibles de celebrarse electrónicamente. El contrato electrónico no sólo posee una naturaleza diferente a la del contrato verbal sino que, por otra parte es una puerta de entrada a una relación jurídica dinámica, flexible y mundializada en contraste con la creada por el contrato tradicional y escrito, a la que no se debe vetar con barreras gratuitas o con el miedo de ciertas instituciones que temen la pérdida de su monopolización en la formalización de los contratos». Pp, 683-684. Concluye VEIGA COPO, que siempre que la ley requiera que el contrato conste por escrito, y no se exija forma pública, este requisito se entenderá satisfecho en el ámbito de los contratos electrónicos, si los mensajes electrónicos que han dado lugar a la contratación son archivados y se mantienen asibles para su ulterior consulta». Cfr. VEIGA COPO, *La contratación*. Op. Cit. P, 702.

79 Vid. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2407, Pág. 610-623. Pronunciamiento reiterado en: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 2000. Exp. 5397.

80 En este sentido, salvo la exigencia de los documentos públicos de estar contenidos en “soporte papel”, el denominado “original”, los otros contratos no sujetos, en palabras de VEIGA COPO, a la “*servidumbre del papel*”, bien pueden nacer, existir, surtir efectos y generar relaciones jurídico patrimoniales, sin tener que haberse plasmado en “soporte papel”. Aquí cobra especial valor la expresión, “*cualquier modo inequívoco*”, del artículo 824 del CCC. VEIGA COPO, A. *La contratación electrónica del seguro*. Revista de Derecho Mercantil, Núm. 244, abril-junio de 2002. Madrid.

81 EMILIANI ROMÁN, R. *Curso Razonado de las obligaciones*. Tomo I. La obligación civil y sus fuentes voluntarias. Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda. 2001. Pág. 61 Sobre la historia y evolución del principio de consensualidad: KOZOLCHYCK, B. *La contratación comercial en el derecho comparado*. Madrid. National Law Center for Inter-American Free Trade. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales. Universidad Carlos III de Madrid. 2006. Pág. 30; MONCAYO RODRÍGUEZ, S. *La consensualidad de los*

*para que produzca los efectos jurídicos deseados. Sería contradictorio que para la validez jurídica de esta manifestación, se exigieran solemnidades o formalismos cuando se ha reconocido autonomía a la voluntad para obligarse por sí sola*⁸².

El principio de consensualidad no es ajeno a los demás ordenamientos andinos, pues en el mismo sentido que el legislador colombiano expresan el principio de consensualidad en los siguientes referentes normativos:

contratos en el Derecho Romano. Revista Letras Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Disponible en línea: <http://www.letrasjuridicas.com/11/moncayo11.pdf>; SCHIPIANI, S. *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho –instituciones-*. Hinestroza, F. (trad.). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1983. Pág. 81.; LATORRE GAMBOA, C.A. *Síntesis Histórica de Derecho Romano*. Bogotá D.C. Universidad Autónoma de Colombia. 1995. Pág. 16; OVIEDO ALBÁN, J. *El contrato de promesa en el Derecho Privado colombiano*. Bogotá D.C. Ediciones Depalma, 2010.

- 82 La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR realiza la siguiente recopilación doctrinaria frente al principio en estudio: “*Cariota Ferrara -El Negocio Jurídico, Pág. 137- señala que: “el principio reconocido por este derecho y por los demás ordenamientos jurídicos es el de la libertad de formas. En el Derecho argentino, Borda, en su Manual de Contratos, Pág. 94, precisa que: “Actualmente impera como principio, el de la libertad de las formas; basta el consentimiento para que el contrato tenga plena fuerza obligatoria. Es el triunfo del consensualismo. Sólo por excepción la ley exige en algunos casos el cumplimiento de requisitos formales.” En el Derecho galo, Gaudemet -Teoría General de las Obligaciones, pág. 155- puntualiza: “Sabemos ya que en principio, la validez del contrato no requiere ninguna condición de forma. Por regla general, todos los contratos son consensuales en derecho francés. Por excepción algunas son solemnes”. En Derecho ibérico, Castán Tobeñas -obra citada, t. III, Pág. 4- destaca la “libertad de forma para la celebración válida de las convenciones: “los contratos -dice, el Art. 1278- serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, o sea, las del artículo 1261: consentimiento, objeto y causa. El mismo principio espiritualista, vemos consagrado en los artículos 1254 y 1258”. En Derecho chileno, Claro Solar, en sus explicaciones de Derecho Civil... vol. V. t. 11o., Pág. 109, dice: “Por regla general, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y la manifestación de éste es libre en su forma”. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR. Primera Sala de lo Civil y mercantil. Sentencia del 5 de julio de 1996. Expediente No. 658-94. R.O. 982.*

Figura 9.
**Consagración normativa del principio de consensualidad en los países de la
Comunidad Andina.**

Criterio de Comparación	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Consagración normativa del principio de consensualidad	<p>“Son requisitos para la formación del contrato:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El consentimiento de las partes. 2. El objeto. 3. La causa. 4. La forma, siempre que sea legalmente exigible” (Art 452 del Código Civil de Bolivia, CCB)¹. 	<p>“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco” (Art. 824 del Código de Comercio Colombiano CCoC)².</p>	<p>“El contrato es (...) consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento” (El Art. 1486 del Código Civil del Ecuador, CCE)³.</p>	<p>“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”. (Art. 1352 del Código Civil del Perú CCP)⁴.</p>

- 1 La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA ha expresado que los contratos son consensuales cuando se perfeccionan por el sólo consentimiento de las partes, en cualquier forma que éste se exprese, aunque sea verbalmente, pues, para su perfeccionamiento basta el acuerdo de voluntades. En el caso de autos, a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA se le presenta la solicitud de nulidad de un contrato de compraventa que se materializó exclusivamente en una minuta presentada a un Notario. A este respecto, en primer lugar, la CORTE aclara que “la compraventa es un contrato consensual, pues para su perfeccionamiento basta que ocurra el acuerdo de las voluntades, sin importar si éste se expresa en forma verbal, o si se lo hace en documento público o privado”. Luego, indica que: “Si bien evidente que la jurisprudencia ha establecido que la minuta es por definición un borrador que se pasa al Notario de fe Pública a fin que éste sobre la base de aquella, extienda la correspondiente Escritura Pública, en cuyo mérito, en tanto esa minuta no haya sido protocolizada no puede ser considerada Escritura Pública; no es menos evidente que esa consideración reviste importancia únicamente respecto de aquellos contratos que deben celebrarse mediante documento público, pues como se señaló anteriormente, en estos contratos el consentimiento no basta para que se perfeccione el contrato, siendo menester que éste se exteriorice en una determinada forma; así por ejemplo, no puede haber contrato de anticresis, de hipoteca o de donación, si éstos se celebraron en una minuta y no mediante documento público. Empero, en aquellos contratos consensuales, en virtud a que en ellos no interesa la forma en que se expresa el consentimiento, no reviste mayor trascendencia si éste se materializó en una minuta, debiendo entenderse esta como una constancia documental del consentimiento expresado por las partes; pues, por definición la minuta es también

- la anotación o constancia de una cosa para tenerla presente”. Así pues, concluye que: “Es habitual, en nuestra práctica jurídica, que muchos de los contratos consensuales se redacte o documente a través de una minuta, dejando así la constancia escrita respecto del contrato celebrado entre partes y del consentimiento expresado por ellas, sin que ello suponga la infracción de ninguna norma legal, ni motive su invalidez por la nulidad o la anulabilidad, pues, si un contrato consensual, como es la compraventa, puede celebrarse incluso en forma verbal, no existe ningún óbice legal para que el acuerdo de partes y el consentimiento de ellas respecto a ese contrato se lo documente a través de ese medio, sin que ello suponga causal de nulidad ni anulabilidad del contrato, toda vez que, al tratarse de un contrato consensual, la ley no exige una determinada forma para que se exteriorice el consentimiento. Pretender la nulidad de un contrato de compraventa porque éste documento se haya realizado a través de una minuta resulta a todas luces ilegal, pues, al ser un contrato consensual, el consentimiento de las partes bien pudo exteriorizarse por cualquier medio, incluso a través de la minuta, máxime si esta se encuentra suscrita por las partes y cuenta con el reconocimiento de firmas, como en el caso sub lite”. Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 64 del 19 de Febrero de 2011. Expediente: No. 110-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez. En igual sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 314 del 20 de septiembre de 2010. Expediente: No. 89-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 109 del 25 de marzo de 2011. Expediente: No. 140-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez.
- 2 La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA ha reiterado que: “Claramente, como lo afirmó la Corte en la sentencia de 13 de noviembre de 1981, la consensualidad fue consagrada en el Código de Comercio, como principio rector general de los negocios mercantiles. A él expresamente se refiere el artículo 824, cuando declara: “Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier otro modo inequívoco. Cuando una norma legal exige determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”. Colíguese de este contenido, que la solemnidad constituye la excepción, de modo tal que solo puede exigirse en los casos en que la ley de manera expresa consagre el requisito, como bien sucede en el artículo 119 del Código de Comercio, cuando establece la solemnidad del “escrito”, como condición de la promesa de contrato de sociedad”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 2000. Exp. 5397.
- Para un análisis del principio de consensualidad en el contrato promesa de contrato, en el ordenamiento jurídico colombiano: Vid. OVIEDO ALBÁN, J. El contrato de promesa en el Derecho Privado colombiano. Bogotá D.C. Ediciones Depalma, 2010. ESPINOSA QUINTERO, L. La adaptación... Op. Cit. Pág. 210.; MARTÍNEZ NEIRA, N.H. Seis lustros de jurisprudencia mercantil. En Estudios de Derecho Económico (Tomo 1). Bogotá. Universidad de la Sabana. 2003; MUÑOZ LAVERDE, S. El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato. En Estudios de Derecho Económico (Tomo 1). Bogotá. Universidad de la Sabana. 2003.
- 3 La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR, al estudiar la legalidad de un contrato de arrendamiento, expone que: “Pero, no sólo en la literatura jurídica extranjera es de recibo pacífico y unánime, el principio de la libertad de las formas en los negocios jurídicos, sino que también lo es, sin duda alguna, en el sistema jurídico

del Ecuador. En nuestro Derecho Civil, el principio en mención es inobjetable, como se puede constatar en los siguientes, entre otros, contratos principales. La venta -salvo la de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria- modelo de los contratos de disposición, queda perfecta como contrato, desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio. El arrendamiento, paradigma de los contratos de administración, bajo cualquiera de las tres formas clásicas en que puede darse -de cosas, de servicios y de obras- queda concluido como tal, produciendo todos sus efectos desde el momento mismo del acuerdo de voluntades entre arrendador y arrendatario respecto del precio y uso y goce de la cosa, es decir, por solo consensus". Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR. Primera Sala de lo Civil y mercantil. Sentencia del 5 de julio de 1996. Expediente No. 658-94. R.O. 982.

- 4 Sobre el particular, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ ha expresado que: "Que, en materia de acto jurídico debe distinguirse los actos con formalidad "ad solemnitatem" o con forma solemne, de aquellos con libertad de forma; en el primer caso, la forma prescrita es un requisito de validez del acto jurídico, conforme a lo dispuesto en el artículo 140 inciso 4º del Código Civil; y en el segundo caso, las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente, sin que ello conlleve a la nulidad del acto jurídico, según lo preceptuado en el artículo 143 del Código Civil, pudiendo utilizarse en este caso todos los medios de prueba para acreditar la existencia del acto jurídico. (...) Que, el contrato de compraventa es uno de carácter consensual o con libertad de forma, en el que las partes pueden utilizar la forma que consideren pertinente para celebrar el acto jurídico; constituyendo la escritura pública el cumplimiento de una formalidad de la celebración de un contrato preexistente". Vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Civil Permanente. Sentencia del 2 de octubre de 2006. Exp. 2825-2006. C-19826-9.

Ahora bien, desde la perspectiva internacional se destaca que el Art. 1.2. de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales⁸³ expone que "nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular". En este sentido, y de conformidad con el citado Art. 1.2. de los Principios UNIDROIT, el contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos⁸⁴.

83 INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. 2004. Disponible en línea: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

84 VEIGA COPO sostiene que: "El consentimiento electrónico, en definitiva, constituye una modalidad especial de declaración de la voluntad negocial cuya validez no se supedita a un contrato escrito previo o posterior, de modo que todo contrato para el que el ordenamiento jurídico no exija forma escrita, así como también aquellos contratos para los que la ley exige forma documental privada, son susceptibles de celebrarse electrónicamente. El contrato electrónico no sólo posee una naturaleza diferente a la

Por otra parte, el principio⁸⁵ de la buena fe contractual, como concepto ético, hace referencia a la confianza, fidelidad, lealtad y sinceridad entre los co-contratantes que dota de cierta certeza y, por tanto, de seguridad jurídica respecto del cumplimiento de las prestaciones acordadas⁸⁶. Para VALENCIA ZEA, la buena fe se desdobra en dos aspectos: el primero hace referencia a la conducta sincera que la persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, es decir, acorde a las exigencias del decoro social (*buena fe activa*); por otra parte, cada persona espera, de la otra parte en el contrato, esa misma lealtad o fidelidad (*Buena fe pasiva*)⁸⁷.

del contrato verbal sino que, por otra parte es una puerta de entrada a una relación jurídica dinámica, flexible y mundializada en contraste con la creada por el contrato tradicional y escrito, a la que no se debe vetar con barreras gratuitas o con el miedo de ciertas instituciones que temen la pérdida de su monopolización en la formalización de los contratos”. VEIGA COPO concluye, que “siempre que la ley requiera que el contrato conste por escrito, y no se exija forma pública, este requisito se entenderá satisfecho en el ámbito de los contratos electrónicos, si los mensajes electrónicos que han dado lugar a la contratación son archivados y se mantienen asibles para su ulterior consulta”. VEIGA COPO, A. *La contratación electrónica del seguro*, Revista de Derecho Mercantil, Núm. 244, abril-junio de 2002, Madrid. Págs. 683- 702.

- 85 La CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, en sentencia reciente, afirma que: “la jurisprudencia constitucional ha señalado que: i) éste deja ser un principio general de derecho para convertirse en un postulado constitucional que irradia tanto las relaciones de los particulares y la de éstos con la administración y viceversa; ii) implica para unos y otros comportamientos honestos, leales, conforme a como actuaría una “persona correcta” (*vir bonus*) y iii) presupone la existencia de relaciones con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-598 de 2011. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En igual sentido, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1198 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 86 ARRUBLA PAUCAR, J.A. *Contratos Mercantiles*. Tomo I. Díké Editores. Medellín. 1997. Pág. 97. Citado por: JIMÉNEZ GIL, W. Línea Jurisprudencial sobre la Buena Fe. Universidad Nacional de Colombia. 2002. Disponible en línea: <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA%20JURISPRUDENCIAL%20RESPECTO%20AL%20%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE.pdf>; SUESCÚN MELO, J. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad de Los Andes. Bogotá. 1.996. Pág. 18.
- 87 VALENCIA ZEA Arturo. *Derecho Civil*. Tomo I Parte General y Personas. Novena Edición. Bogotá. Temis. 1981 Pág.196.

En el ordenamiento colombiano⁸⁸, tanto la Constitución Política⁸⁹ como el Código de Comercio⁹⁰, consagran el deber de actuar de tal forma que se brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones⁹¹.

En el sistema jurídico la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA ha sostenido que cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones, así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos. Así mismo, ha recalcado que el comportamiento de los contratantes frente a su contra parte negocial, debe mantenerse sobre el presupuesto de que todo contrato en sí tiene para ambas partes el sentido de que debe ser cumplido, sobre un fundamento o idea objetiva de “buena fe”⁹²,

88 La Jurisprudencia Constitucional de los países andinos ha reconocido el principio de buena fe: Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Sentencia No. 998 del 16 de agosto de 2002. Expediente: 2002-04799-09-RAC. M. R. José Antonio Rivera Santivañez; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Sentencia No. 95 del 21 de diciembre de 2001. Expediente: N° 2001-03136-07-RDI. M.R. José Antonio Rivera Santivañez; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-312 del 20 de abril de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-042 del 26 de enero de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-460 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1109; M.P. Álvaro Tafur Galvis.

89 El Artículo 83 de la Constitución Política de Colombia consagra que: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

90 El Código de Comercio Colombiano en su Art. 871 expresa que: los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

91 Para un completo estudio sobre la ubérrima buena fe en el contrato de seguro: Vid. VEIGA COPO, A.B. Póliza y Clausulado en el seguro, Caracteres y elementos del contrato. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. Diké. 2010. Así pues, para el profesor VEIGA COPO, AUNQUE la buena fe es fundamental en este contrato, no es posible hacer exigencias desbordadas que desconocen el hecho de que el tomador no puede estar en capacidad de conocerlo todo para así informarlo al momento de declarar el Estado de Riesgo. En igual sentido: VEIGA COPO, A. B. *Condiciones en el contrato de seguro*. Granada. Comares, 2005.

92 SOLARTE RODRÍGUEZ expresa que: “Tradicionalmente han existido dos concepciones acerca de la buena fe: por una parte, una primera aproximación al concepto nos indica que la buena fe es la creencia que tiene un sujeto de que la conducta que ejerce o ejecuta es honrada, sin tacha, pues considera que la misma está ajustada al ordenamiento (esta concepción se ha denominado subjetiva); por otra parte, se señala que la buena fe

en otras palabras, sobre una base ético-jurídica y dogmático-jurídica inmanente a un leal tráfico negocial⁹³.

Sobre la definición de la buena fe contractual, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA⁹⁴ ha afirmado que: “la buena fe contractual implica que, desde el inicio del contrato y especialmente durante su ejecución, las partes se comporten de tal manera que, brinden certeza y seguridad jurídica respecto del cumplimiento de las prestaciones acordadas, en cuanto no se presenten variaciones a las mismas” (negrilla fuera del texto)⁹⁵.

-
- equivale a la honradez, corrección o rectitud con la que una persona debe actuar en el tráfico jurídico (esta, por su parte, es entendida como objetiva)”. SOLARTE RODRÍGUEZ, A. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. En AA.VV. DERECHO PRIVADO Y GLOBALIZACIÓN. TOMO III. CONTRATOS. Ibáñez. 2008. Pág.114.
- 93 Sobre este particular: Vid. GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. La buena fe como pauta de interpretación en los contratos. En AA.VV. Tratado de la Buena Fe en el derecho. Buenos Aires. La Ley. 2009. Págs. 335
- 94 SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 02117239 del 13 de Febrero de 2003. Recogido el día 27 de junio de 2008 del sitio Web de la Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2003/Febrero/02117239.php>
- 95 Algunos conceptos sobre la Buena Fe Contractual en Colombia son:
VALENCIA ZEA expone que: “Indica que cada cual debe celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, o sea, por medio de la lealtad y sinceridad que imperan en una comunidad de hombres dotados de criterio honesto y razonable. La buena fe se desdobra en dos aspectos: primeramente cada persona debe usar para con aquel con quien establece una relación jurídica, una conducta sincera, vale decir, ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada persona tiene derecho a esperar de la otra esa misma lealtad o fidelidad. En el primer caso se trata de una buena fe activa, y en el segundo, de una buena fe pasiva (confianza)”. VALENCIA ZEA, A. *Derecho Civil*. Tomo I Parte General y Personas. Novena Edición. Bogotá. Temis. 1981 Pág.196.
Por su parte, SUESCÚN MELO afirma que “(...) El principio de la buena fe obliga a los contratantes a actuar con lealtad y con la real intención de que, a través del cumplimiento de la prestación, se logren las finalidades económicas, jurídicas y sociales perseguidas con la celebración del acto. El señalado principio es en consecuencia una guía importante para la interpretación de los contratos a fin de determinar su espíritu y finalidad. Con el propósito de fijar el contenido del acto y de las obligaciones resultantes las partes y el juez deben, entonces, consultar la intención real, las normas propias de la naturaleza del acto y de sus obligaciones, las costumbres imperantes y los postulados de la equidad”. SUESCÚN MELO, J. *Derecho Privado*. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Cámara de Comercio de Bogotá - Universidad de Los Andes. Bogotá. 1.996. Pág. 18.

Para ESTIGARRIBIA BIEBER, el concepto de buena fe implica más que la actitud pasiva de no actuar de mala fe, “importa una conducta activa, de cooperación con la otra parte, a los efectos que el contrato tenga para ambas el mejor resultado posible, los mayores beneficios y, consecuentemente, los menores “*costos prestacionales*”, que no siempre resultan económicos, sino que también pueden ser psicológicos o emocionales”⁹⁶.

En particular, la Sentencia C-544 de 1994⁹⁷ de la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, expone que la buena fe es principio general que no requiere de consagración normativa, pero que su “presencia” es explícita.

En el ámbito internacional⁹⁸, debemos señalar que el Art. 1.7 de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, consagra que las partes de un contrato deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Así mismo, erige este principio como ineludible al afirmar que las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Así mismo, el Artículo 7.1 de la Convención de Viena de 1980 dispone que, para la interpretación de la convención, se debe tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la

96 Vid. ESTIGARRIBIA BIEBER. M.L. *La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales*. En AA.VV. *Contratos. Derecho Privado y Globalización*. Tomo III. Director: OVIEDO ALBÁN, J. Bogotá. Ibáñez. 2008. Pág. 211

97 El Art. 769 del Código Civil consagra que: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-544 del 1 de diciembre de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía, por medio de la cual se estudia la constitucionalidad de los Arts. 768, 964, 1025 del Código Civil. En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-540 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-423 de 20021995. M.P. Álvaro Tafur Galvis; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-253 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara

98 Sobre la buena fe en el ámbito internacional: Vid. FIELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. Reconocimiento del principio de la Buena fe en la esfera internacional. En AA.VV. *Tratado de la Buena Fe en el derecho*. Buenos Aires. La Ley. 2009. Págs. 661

uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Si bien la buena fe constituye un estándar derivado de un concepto moral, es necesario señalar que la apreciación de la misma debe producirse de forma particular y concreta, puesto que, como lo expone ESTIGARRIBIA BIEBER, “es allí donde podrá proyectarse la conducta de cada una de las partes, aquilatando si alguna de ellas ha intentado abusar de su derecho, contrariando las normas de la equidad, alterando el equilibrio de las prestaciones recíprocas, exigiendo en exceso”⁹⁹.

De acuerdo con lo anterior, el estudio del comportamiento individual tendrá en cuenta las condiciones de las personas, de tiempo y lugar de las acciones adelantadas, para efectos de determinar si están ajustados al Principio o lo han contravenido¹⁰⁰.

2.7. Conclusiones

No hay capítulo de mayor complejidad en todo estudio jurídico que el estudio de los *principios generales de la materia a tratar*. En primer lugar, por la complejidad esencial que representa definir o delimitar el alcance de la expresión y, en segundo lugar, por los inconvenientes que se presentan en la aplicación o puesta en práctica de los mismos.

99 Para ESTIGARRIBIA BIEBER, M.L. la buena fe como principio general “en la mayoría de las legislaciones civiles, comerciales y de consumo de Latinoamérica, y teniendo presente los antecedentes existentes (...), sería perfectamente factible promover normas precisas en las relaciones negociales entre individuos o empresas de dichos países, en pos del logro de la seguridad jurídica, de carácter regional, como valor básico de convivencia pacífica y armónica y como uno de los pilares de la verdadera integración económica y jurídica, que debemos perseguir como salida para el progreso común”. ESTIGARRIBIA BIEBER, M.L. *La buena fe...*Pág. 238.

100 SPOTA, citado por ESTIGARRIBIA BIEBER, sostiene que la “verosimilitud, la diligencia debida y la previsibilidad son subdirectivas de la buena fe”. ESTIGARRIBIA BIEBER, M.L. *La buena fe...*Pág. 237

Desde el punto de vista de un *sistema jurídico estático*¹⁰¹, los principios son aquellas formulaciones generales que no aceptan excepciones y que, por tanto, su marcha no evidencia controversia o problema alguno. Sin embargo, el estudio realizado en el presente documento no se armoniza con esta posición. Por el contrario, solo cuando se es consciente de la *dinamicidad* del sistema jurídico, esto es, de la presencia de *casos difíciles*¹⁰² que no pueden solucionarse de la aplicación mecánica del derecho; solo en esas situaciones puede evidenciarse la verdadera dimensión de abordar un estudio *principalista*.

En términos generales, es posible afirmar que los *principios* son enunciados lógicos, formulaciones o mandatos que son elaborados desde el *deber ser* de las cosas y que, por su importancia o trascendencia, soportan, fundamentan y dan valor jurídico a las *reglas* del derecho. En este sentido, *los principios* son normas esenciales de organización que permanecen en el tiempo y que poseen un sentido de conveniencia y oportunidad en la sociedad misma.

No obstante, estos *principios* no pueden verse como mandatos definitivos. En este sentido, los *principios* deben ser realizados o alcanzados en la mayor medida posible, sin que su concepción sea

101 Aunque la denominación utilizada, respecto de los tipos o clases de los sistemas, es similar a la expuesta por Kelsen en su perspectiva de sistema del ordenamiento jurídico, no obedece a los mismos criterios. En el presente escrito la visión estática o dinámica depende de la incidencia o no de nuevos elementos que permitan al ordenamiento plantearse nuevas consecuencias, efectos o respuestas ante los “*casos difíciles*”. Por el contrario, en la visión kelseniana el elemento clasificador radica en el origen o fuente de la validez de la norma formulada al interior del sistema jurídico. Bajo esta perspectiva, la de Kelsen, un sistema estático es aquel en el cual la validez de la norma proviene de la autoridad que la profiere y, finalmente, será dinámico el sistema en el cual la norma deriva su validez del contenido mismo. Vid. CUENCA GÓMEZ, P. *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en línea: <http://www.uv.es/CEFD/15/cuenca.pdf> [23.10.2011]

102 La expresión “casos difíciles” se toma prestada de DWORKIN, citado por LÓPEZ MEDINA, quien describe las obligaciones hermenéuticas del juez Hércules cuando decide casos constitucionales, estatutarios (basados en derecho legislado) o de *common law*. Op. Cit. LÓPEZ MEDINA, D. *Teoría Impura*...Pág. 62.

absoluta. Ahora bien, *los principios*, contrario a lo que podría pensarse, no se encuentran escritos en piedra sino que, por el contrario, la interpretación, alcance y aplicación de los mismo se adapta a través del tiempo a las nuevas realidades, pues, solo así, es que puede decirse que el derecho es para la vida.

Abordar el estudio de los principios del comercio y la contratación electrónica, exigen una actitud abierta a la aplicación de soluciones equitativas, que permitan abordar los nuevos retos de la realidad de la contratación mercantil y generar respuestas de carácter universal y trasversal, de tal forma que sea posible superar las anacrónicas y particularistas soluciones propias de la técnica legislativa andina.

Los principios, entonces, son entendidos como el *común denominador* (“*common core*”) del comercio electrónico y, que en su defecto o ausencia, la práctica del *e-business* se muestra incompleta o defectuosa. En este sentido, la delimitación de los principios busca un doble efecto favorable, a saber: *i)* en primer lugar, dotar de seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos electrónicos y, *ii)* en segundo lugar, generar un primer punto de armonización normativa tanto a nivel internacional como regional.

En este documento se identificaron dos tipos o clases de principios: La primera, son aquellos enunciados propios del CE, esto es, aquellas formulaciones inherentes al devenir electrónico y digital que, por tanto, se tornan en trasversales de la institución contractual. Estos principios, son obviamente: el de *equivalencia funcional*, *neutralidad tecnológica* e *inalterabilidad del derecho vigente*.

La segunda clase, son principios propios de la institución *contractual*, sin más consideraciones. Estos principios son claramente aplicados en cada una de las relaciones jurídicas electrónicas, así como, pueden entenderse incorporados en ejercicio del principio de inalterabilidad

del derecho vigente. Estos principios, son el de *autonomía de la voluntad privada, consensualidad y buena fe*.

Ahora bien, aunque en algunos países los principios no poseen una declaración expresa en la normatividad, si es evidente que al interior de los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina existe un uniforme reconocimiento de los principios de la contratación electrónica. Este es, sin lugar a dudas, importante en tanto implica que los diferentes ordenamientos jurídicos poseen un *punto de partida* común. Sin embargo, el entusiasmo que este mismo punto de partida pueda generar se desvanece, al *echar a andar* los principios. Llevar a situaciones concretas y específicas el principio es, tal vez, la tarea no solo más importante sino la que mayores obstáculos presenta.

La primera de las *grietas* en la aplicación e interpretación de los principios de la contratación electrónica, se encuentra en la definición del *equivalente funcional de la firma*. El *soft law internacional*, representado principalmente en la LMCE, favorece la validez de la firma electrónica, como concepto general, en el cual se dota de reconocimiento jurídico a un abanico amplio de métodos de autenticación digital, frente a los cuales, son las partes, las llamadas a definir la mejor opción para su relación jurídica. Esta solución, como es evidente, no solo favorece la *neutralidad tecnológica* sino que, adicionalmente, constituye un espacio para que los particulares desarrollen o ejerciten su *autonomía de la voluntad*.

Bajo este precepto, y partiendo de la base que la mayoría de las legislaciones andinas tomaron como referente principal la LMCE, era preciso esperar que esta solución, particularmente abierta al desarrollo de nuevas innovaciones, estuviera presente en la normativa específica. No obstante, esta no es la realidad normativa. Es así como en la CAN se evidencian tres tendencias distintas, en las cuales la mayoría de los países, poseen como equivalente funcional de la firma manuscrita, a la firma digital certificada por un tercero (entidad de certificación).

En este punto, se destaca la claridad de la normatividad peruana en la cual, sin dejar de regular la firma digital certificada, se erige como verdadero equivalente a la *firma electrónica*, permitiendo el empleo de otros métodos de autenticación¹⁰³, así como la existencia de reglamentaciones posteriores sin que se afecte la estructura general ya planteada.

En una posición intermedia, se encuentra Colombia, en donde una evidente falta de técnica legislativa abrió el camino para un debate, actualmente abierto, sobre la intención del legislador. El debate, como se expuso en su momento, se centra en la interpretación del Art. 7 (acorde con la tendencia de la LMCE) y el Art. 28 (en el que regula la equivalencia funcional de la FD), ambas disposiciones de la LCEC. En torno a este debate, se abren dos posiciones claramente opuestas: una interpretación restringida, en la cual el único equivalente de la firma manuscrita es la firma digital y una interpretación amplia, según la cual la LCEC contempla la posibilidad de equivalentes diferentes de la FD, solo que la FD fue reglamentada por sus técnicas características propias.

Lamentablemente, la posición mayoritaria, e incluso aplicada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, es la primera, esto es, a entender que el único equivalente de la firma manuscrita es la firma digital. Se deja claridad, en todo caso, que el debate permanece abierto pues para aceptar la firma electrónica como equivalente, no se precisa una modificación normativa, basta cambiar la forma de interpretar las normas ya existentes.

103 En cuanto a métodos de autenticación y firmas electrónicas, la CNUDMI los ha clasificado, de forma general, así: i) Lo que el usuario receptor sabe (p.e. NIP), ii) Características físicas del usuario (p.e. Biométrica), iii) Posesión de un objeto por el Usuario (p.e. Código, Tarjeta magnética) y, iv) Otros Tipos Facsímil (p.e. Firma manuscrita). Cfr. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas*. Organización de Naciones Unidas [ONU]. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf [1.12.2011]

No siendo ya problemático lo anterior, se evidencio una nueva divergencia en los diferentes ordenamientos relativa al *acuse de recibo*. A este respecto, se destaca, por ejemplo, que el ordenamiento peruano erige como elemento esencial de las comunicaciones electrónicas que se generen en el tráfico mercantil al *acuse de recibo*, pero guarda silencio sobre los medios o formas de generar el mismo, o sobre el procedimiento en caso de no ser recibido el mismo. De igual forma, el ordenamiento ecuatoriano se limita a hacer una vaga referencia sobre la necesidad del mismo, en caso de acuerdo, pero evita regular el mismo. En la otra orilla, los ordenamientos de Bolivia y Colombia, acogen, en su gran mayoría mas no por completo, las normas incorporadas sobre el particular en la LMCE de UNCITRAL.

En todo caso, si la finalidad es favorecer la armonización y unificación normativa, no puede el agente jurídico no puede detenerse en los conflictos o grietas entre las diferentes normativas, sino que, por el contrario, debe aferrarse a los puntos comunes o de convergencia, para a partir de estos supuestos, generar las respuestas uniformes que se esperan.

En este sentido, y teniendo como punto de partida común a los principios de la contratación electrónica, se propone el establecimiento de una normatividad que gire en torno a la firma electrónica como equivalente funcional de la firma manuscrita. Esta decisión implica, el cambio normativo en dos países (Bolivia y Ecuador) y un giro interpretativo en otro (Colombia), lo cual implica, sin lugar a dudas un costo en la seguridad jurídica. Sin embargo, esta decisión se soporta en:

- i) La necesidad del comercio electrónico de proveer soluciones sencillas, generalizadas, ágiles y económicas a los usuarios.
- ii) La existencia de un amplio abanico de métodos de autenticación electrónicos, los cuales poseen la facultad de

entregar iguales o semejantes condiciones de seguridad que la firma digital certificada (p.e. los métodos biométricos)¹⁰⁴.

- iii) La necesidad de evitar un rezago en la normatividad, pues al dar preponderancia a una tecnología específica, se corre un altísimo riesgo de inoperatividad de las disposiciones en el futuro cercano, teniendo como base los constantes avances tecnológicos e innovaciones (*principio de neutralidad tecnológica*).
- iv) La ineludible aptitud dispositiva que deben poseer los marcos jurídicos actuales, esto es, favoreciendo la *autonomía de la voluntad* como eje central en la contratación.

Desde otra perspectiva, la ausencia de regulación entorno al acuse de recibo, si bien se entiende como una diferencia entre los ordenamientos, no constituye sino la oportunidad para que a través de una normatividad armónica y/o unificada se llenen los vacíos y se provea de un marco jurídico acorde a este elemento esencial en las comunicaciones electrónicas.

Así pues, desde la perspectiva de los principios generales, nos encontramos ante un panorama favorable, a pesar de las diferencias, para la armonización o la unificación en el ámbito de la contratación a través de medios electrónicos.

104Vid. GÓMEZ, A. I.; REMOLINA ANGARITA, N. *Los sistemas de información biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

III. LA OFERTA

3.1. Consideraciones previas

El *contrato* es uno de los ejes centrales a partir del cual el comercio, y en general la vida del hombre, se desarrolla. A diario, en el mundo, se celebran, ejecutan y/o terminan un número incalculable de contratos. Es así como, la totalidad de las familias, tradiciones y/o sistemas jurídicos buscan regular los asuntos relativos a los mismos. Ahora bien, la tendencia globalizante de los asuntos, ha propiciado la creación de diferentes marcos regulatorios de los contratos internacionales, entendidos, de manera amplia, como aquellos que encuentran *puntos de conexión* con diferentes ordenamientos, ya sea por el establecimiento (domicilio comercial) de sus partes, el lugar o lugares de ejecución, el lugar de pago, etc.

En términos generales, el contrato ha sido definido en los diferentes sistemas y tradiciones jurídicas, como el acuerdo de dos o más voluntades destinado a producir determinados efectos jurídicos. Así las cosas, solo existirá *contrato* a partir de aquel momento en que las manifestaciones de voluntad de dos o más personas se encuentren. De igual forma, es tradicional, entender que los contratos, en especial los mercantiles, se *formen* como resultado de un proceso de negociación, en el cual, los futuros co-contratantes, definen el contenido, alcance y efectos de su contrato, teniendo en cuenta, en todo caso, sus necesidades y posibilidades de ejecución¹.

1 *Vid.* ALVARADO HERRERA, L; CLAVERO TERNERO, M; ILLESCAS ORTIZ, R; MADRID PARRA, A; MORAN BOVIO, D. (COOR); PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.; PERALES VISCASILLAS, P; PULIDO BEGINES, J.L. Comentario a los principios Unidroit para los contratos del comercio internacional. Madrid. Aranzadi. 1999. Pág. 97

De acuerdo con lo anterior, resulta válido establecer o determinar el *iter contractual*, a partir del cruce o intercambio de propuestas de negocio (ofertas y contraofertas) que culmina con una aceptación, con la cual se perfecciona, finalmente, el acuerdo de voluntades obligacionales de las partes y dan lugar a la existencia del contrato². En este sentido, es evidente que el contrato así concebido es de *formación progresiva*³, en tanto se estructura a partir de las negociaciones, acuerdos y propuestas de las futuras partes del contrato. Es evidente pues, que esta visión resalta especialmente la autonomía de la voluntad privada de los actores del comercio.

Ahora bien, antes de estudiar esta misma visión en el contexto del comercio electrónico, se hace necesario evocar la importancia de los *principios generales del comercio electrónico*, estudiados en el acápite anterior, en tanto, son el fundamento para que una persona exprese su voluntad de contratar y de obligarse por cualquier medio inequívocamente dirigido a tal fin (lo cual incluye, per se, los medios electrónicos), salvo que una norma imperativa exija una solemnidad especial como requisito esencial para la existencia jurídica del contrato, en cuyo caso el contrato no se perfecciona sino hasta cuando la mencionada solemnidad sea satisfecha.

El presupuesto anterior se erige, sin lugar a dudas, como necesario para el reconocimiento de efectos jurídicos a la contratación por medios electrónicos, esto es, estableciendo como regla general el reconocimiento de la libertad de forma en la manifestación de la voluntad de contratar

2 A modo de referencia, el Art. 2.1.1. de los PCCI de Unidroit expresa que: “El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”. Así mismo, el Art. 23 de la CISG indica que: “El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

3 En este mismo sentido: CASTILLO FREYRE, M., MARTÍN HORNA, P. Tratado de la teoría general de los contratos. Volumen 1. Fondo Editorial PUCP, 2002. Disponible en: <http://books.google.com.co/books?id=ODPjkN0WyCUC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [30.10.2011] Págs. 234-235.

y, en consecuencia, manteniendo las solemnidades sustanciales para algunos contratos específicos, a título de excepción.

A nivel internacional, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit⁴ (En adelante los Principios Unidroit o PCCI) reconocen, en el Art. 1.2., que “*Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos*”. En todo caso, la abierta prescripción del Art. 1.2 de los Principios Unidroit ha de entenderse armónica con el Art. 1.4. en el cual se expone que dicho instrumento no restringe la aplicación de las normas de carácter imperativo del orden nacional.

Ahora bien, lo dispuesto en los PCCI se muestra plenamente coherente con lo dispuesto en la CISG⁵ que, en su Art. 11, dispone que el contrato

4 El INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) es una organización intergubernamental independiente con sede en Roma, creada con el objetivo de estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar las legislaciones privadas y, en particular, el derecho comercial entre los Estados y grupos de Estados, con el fin de lograr una normatividad de derecho privado uniforme. Sobre el papel de UNIDROIT en la construcción de marcos regulatorios uniformes: OVIEDO ALBÁN, J. Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes, estructura y fuentes. Bogotá D.C.: Ibáñez. 2008. Págs. 44 y ss; LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. *Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica*. En: Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. Directores: OVIEDO ALBÁN, J.; CALVO CARAVACA, A. Tomo 2. Colección Derecho Privado y Globalización. Ibáñez. 2006. Págs. 119-122; INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO –UNIDROIT-. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. 2010. Disponible en línea: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> [30.10.2011].

5 Sobre los antecedentes de la Convención de Viena 80: PERALES VISCASILLAS, M. El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2001. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ci> [30.10.2011]; OVIEDO ALBÁN, J. Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Mayo de 2001. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Albán.html#7> [30.10.2011]; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-529 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma⁶. Para CRUCILAEGUI⁷, la previsión contenida en el art. 11 de la CISG no es de carácter imperativo, razón por la cual *“las partes pueden acordar otros requisitos en lo que se refiere a la forma del contrato de manera expresa”*, en aplicación de la amplia potestad otorgada por el art. 6 del mismo instrumento⁸.

De igual forma, al revisar la normatividad comunitaria europea, en especial lo dispuesto por la Directiva 2000/31/CE (DCE), se destaca la disposición que se orienta a imponer a los Estados miembros la obligación de velar porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica, para lo cual garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, *“ni conduzca a privar de efecto y validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”*⁹.

No obstante lo anterior, en el artículo 9.2., la DCE aclara que, en todo caso, los Estados Parte podrán disponer que la libertad de forma antes mencionada no se aplique a unas categorías específicas de contratos, por ejemplo, relacionadas con derechos inmobiliarios, contratos en los que

6 Se destaca que de los países de la Comunidad Andina, solo Bolivia, a la fecha, no ha ratificado el texto de la CISG. Así pues, las normas aplicables a la compraventa internacional de mercaderías contenidas en la Convención son aplicables en Colombia (entrada en vigor: 2002), Ecuador (entrada en vigor: 1993) y Perú (entrada en vigor: 2000). Vid. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL -CNUDMI-. Situación actual. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2011. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [30.10.2011]

7 CRUCILAEGUI, J.S.J. Contrato de compraventa internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios. Navarra (España): Thomson: Civitas. 2005. Págs. 129

8 Art. 6 de la CISG. Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

9 Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 (DCE), art. 9.1. Vid. ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la...* Op. Cit. ; ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación...* Op. Cit.

intervengan autoridades públicas o relacionados con asuntos de familia o de sucesiones.

De conformidad con lo anterior, los referentes internacionales concuerdan en afirmar que, en principio, ninguna norma impide que las manifestaciones de voluntad que se realicen en el proceso de formación de los contratos se expresen o “viajen” en medios electrónicos, admitiendo la posibilidad de que, en determinados casos, el contrato electrónico internacional se someta a las formalidades que señalen las partes, el derecho nacional o los tratados internacionales.

En otras palabras, en los eventos en que una norma de orden imperativo imponga para determinado acto una solemnidad específica, las partes no pueden omitirlos. De igual forma, se admite la posibilidad que sean las partes quienes, de común acuerdo, dispongan la adopción de una forma específica, para la celebración del contrato, razón por la cual es necesaria en este evento que se dé cumplimiento a dicho requisito *ad solemnitatem*¹⁰.

Una vez reiterado el marco conceptual general que da lugar a la validez de los contratos electrónicos, es pertinente destacar que la concepción de la oferta y la aceptación, como mecanismos de formación de los contratos, es unánimemente reconocido tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en los referentes internacionales. No obstante, existen características o tratamientos diferenciales en algunos aspectos relevantes que merecen un especial análisis comparativo.

En este sentido, el objeto propio del presente capítulo es realizar un estudio sobre los elementos de mayor relevancia en relación a la oferta,

10 Vid. OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas)*. Universitas. Pontifica Universidad Javeriana. No. 96. 1999. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlbán1.html#8> [30.10.2011]

tanto en los países miembros de la CAN como en algunos referentes internacionales, con el fin de definir los elementos normativos que favorezcan la armonización o unificación en la región.

3.2. La definición de la oferta.

La *oferta* es entendida como una declaración o manifestación unilateral¹¹ por medio de la cual una persona dirige a otra la propuesta de realizar un contrato de un contenido determinado. En este sentido, es evidente que la *oferta* requiere de una declaración correlativa de voluntad (la aceptación) para la formación del contrato cuya celebración se propuso inicialmente¹².

De acuerdo con lo anterior, LALAGUNA DOMÍNGUEZ afirma que la característica fundamental de la oferta consiste en que si la aceptación

11 La doctrina ha debatido ampliamente sobre la naturaleza jurídica de la oferta y, en particular, sobre la viabilidad de caracterizarla como un *negocio jurídico unilateral*. Al respecto, LALAGUNA DOMÍNGUEZ expone que la oferta, como declaración de voluntad interdependiente de la aceptación, no tiene el carácter de negocio jurídico unilateral que algunos le atribuyen, lo que la diferencia de la promesa unilateral que no requiere de aceptación para que el promitente quede obligado. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. Sobre la perfección de los contratos y el código civil. En AA.VV. Homenaje al profesor Juan Roca Juan. Editum. Universidad de Murcia. Pág. 408 y siguientes. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=b5-VW6OdzWC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [5.11.2011]. Al respecto, DÍEZ PICAZO expone que la oferta “se trataría de un *negocio* que produce el efecto de atribuir al destinatario un derecho –derecho potestativo- consistente en perfeccionar mediante la aceptación el contrato. Esta tesis es muy difícilmente sostenible. La perfección no se produce porque el aceptante tenga ya un derecho al contrato. La aceptación no es (...) un acto de ejercicio de un derecho, sino un acto de autonomía privada y de ejercicio de la capacidad de obrar”. Vid. DÍEZ PICAZO, L. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Vol. I. Madrid. 1983. Pág. 205. Por otra parte, OVIEDO ALBÁN aclara que tanto “la oferta como la aceptación en sí mismas pueden ser entendidas como un ‘negocio jurídico’, si se siguen las definiciones doctrinales que lo entienden como una manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos”. OVIEDO ALBÁN, J. La formación del contrato. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2008. Págs. 35 y siguientes.

12 Para GONZÁLEZ GONZALO, existe una relación género – especie entre la propuesta y al oferta. En este sentido, no toda propuesta puede surtir los efectos jurídicos de una oferta, sino hasta tanto no se cumplan con los requisitos que, específicamente, se fije en el referente normativo aplicable en cada caso. GONZÁLEZ GONZALO, A. *La formación del contrato tras la ley de servicios de sociedad de la información y de comercio electrónico*. Comares. España. 2004. Pág. 13

se presenta, “*el oferente quedará contractualmente vinculado al igual que el aceptante, y el contrato, perfecto, sin necesidad de ningún otro acto*”¹³. Ahora bien, para DIEZ PICAZO expone que “*la oferta es una declaración de voluntad en la que el oferente manifiesta su intención de alcanzar la formación de un contrato*”¹⁴.

Ahora bien, desde el punto de vista de la Comunidad Andina, la *oferta* se ha definido como la propuesta de celebrar un contrato que una persona dirige a una o varias personas determinadas. En este punto es preciso anotar que la definición de la oferta contenida en el artículo 826 del Código de Comercio de Bolivia (CCoB) y en el artículo 845 del Código de Comercio de Colombia (CCoC) es idéntica¹⁵, al expresar que se trata del “*proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario*”¹⁶.

En torno a los referentes internacionales, se ha de señalar que el Art. 2.1.2. de los PCCI definen la oferta como: “*Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación*”. De

13 LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. Sobre la perfección de los contratos y el código civil. En AA.VV. Homenaje al profesor Juan Roca Juan. Editum. Universidad de Murcia. Pág. 408 y siguientes. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=b5-VW6OdzWC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>. En igual sentido: GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Teoría general del contrato*. En AA.VV. Lecciones de derecho civil aplicable en Cataluña. Universidad Autónoma de Barcelona. 2003. Pág. 92.

14 DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. I. Introducción.. Teoría del Contrato. Madrid. Thomson Civitas. 2007. Pág. 330.

15 Se destaca que ni la normatividad de Ecuador, ni la del Perú, poseen una definición legal de la oferta.

16 OVIEDO ALBÁN aclara que “La utilización de la expresión “negocio jurídico” pudiera darse para malas interpretaciones, pues el concepto tiene un sentido preciso dentro del derecho europeo continental, siendo entendido de forma general como la manifestación de voluntad encaminada a producir efectos jurídicos; dentro de dicho concepto cabe tanto el negocio jurídico unipersonal como el pluripersonal (...) En consecuencia, la aludida expresión “negocio jurídico” no fue correctamente utilizada por el legislador colombiano, que tal vez tuvo en mente referirse al proyecto de “negocio” en un sentido económico”. OVIEDO ALBÁN, J. *La formación del contrato*. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2008. Págs. 35 y siguientes.

igual forma, la CISG, en su artículo 14, la define en los siguientes términos: *“La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”*.

Es evidente que los conceptos de oferta, tanto a nivel de normatividad andina como desde los referentes internacionales, son claramente uniformes. En este sentido, es posible determinar que los elementos *esenciales* de la oferta, a la luz de la normativa y de las definiciones antes reseñadas, se sintetizan de la siguiente forma¹⁷:

- i) Delimitación objetiva y subjetiva de la oferta, en otras palabras, que la propuesta esté completa.
- ii) Intención inequívoca del oferente de obligarse.
- iii) Haber sido comunicada al oferente y,
- iv) Encontrarse vigente para el momento de su aceptación.

La jurisprudencia relacionada con la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, se ha mostrado especialmente interesada en la aplicación del artículo 14 de forma tal que la oferta ha de contener, necesariamente, los elementos esenciales señalados. Al respecto, es posible citar la Sentencia No. 00408 del 15 de julio de 2010 de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA¹⁸, en la cual se debate el incumplimiento o no de una oferta, a continuación se presenta un resumen del caso:

17 Como el lector podrá evidenciar, cada uno de los aspectos de la oferta tratados en el presente capítulo guarda relación con alguno de los elementos que se describen como esenciales de la oferta.

18 AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA. Sentencia No. 00408/2010. 15 de julio de 2010. Caso número 439/10. Magistrados: Carlos Moreno Millan (Presidente), Juan Martínez Perez, Juan Antonio Jover Coy. Disponible en línea: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan85.htm> [6.11.2011]

- La entidad Grúas Andaluza, S.A., comunicó a la entidad actora, Krane Maschinen Service GmbH & Co. Handels kg, la rectificación de la factura de venta, concretándose el importe de la grúa en la cantidad de 512.000 €, con la máquina puesta en el puerto de Bilbao, dándole la oportunidad de efectuar la operación con prioridad, siempre que se efectúe con anterioridad al 25 de junio de 2008, con un adelanto como prueba de reserva de 60.000 € para el día de mañana.
- La entidad Krane, el día 20 de junio de 2008, efectuó una transferencia por importe de 60.000 € a la cuenta perteneciente a la entidad demandada.
- La entidad Grúas Andaluza S.A. rechaza el pago hecho por la entidad Krane y por correo electrónico, de fecha 23 de junio de 2008, comunica que el viernes 20 de junio de 2008, otro comprador les hizo una transferencia por la totalidad de la grúa, dando por finalizada la opción de venta y dando orden al banco de no recibir ninguna transferencia.

La AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA evidencia que, siendo la Convención de Viena 80 el derecho aplicable al caso, el artículo 14 del citado instrumento era claro al establecer que si una propuesta de contrato era suficientemente precisa, indicaba la intención del oferente de quedar obligado y estaba dirigida a una o varias personas determinadas, constituiría oferta. Así pues, la AUDIENCIA concluye que:

“A la vista de lo antes expuesto resulta que hubo una oferta vinculante y prioritaria a la entidad actora, KRANE, solicitándose la entrega de 60.000 € el día 20 de junio de 2008, como adelanto y prueba de reserva, y con el otorgamiento de un plazo para satisfacer el importe restante de la operación hasta el día 25 de junio de 2008, resultando acreditado que la entidad

actora aceptó dicha oferta, como resulta de la transferencia por importe de 60.000 € efectuada el día señalado, sin embargo la entidad demandada, Grúas Andaluza, S. A., incumplió la oferta realizada, de manera injustificada, sin esperar el plazo final concedido para satisfacer el importe de la operación”¹⁹.

Ahora bien, desde la perspectiva del comercio electrónico, y bajo el entendido que las figuras e instituciones del derecho no se alteran por su *transposición* al entorno digital, es evidente que no existe ninguna modificación por el solo hecho de utilizar los medios electrónicos para la creación o comunicación de la oferta. No obstante lo anterior, es preciso conciliar la idea de que, así como el comercio tradicional, el comercio electrónico también está precedido de una actividad publicitaria, frente a la cual es importante distinguir los elementos que diferencian la mera invitación a contratar, de la oferta en materia del derecho mercantil.

A este respecto, es preciso realizar el análisis de la naturaleza jurídica que se le ha de reconocer al *spam*²⁰, entendido como el envío,

19 Continúa la AUDIENCIA expresando que: “*Resulta, pues, que hubo una oferta y una aceptación, y que por consiguiente el contrato de compraventa quedó perfeccionado, resultando imputable el incumplimiento a la entidad demandada, debiéndose indicar que los artículos 1.114 y 1.454 del Código Civil no son de aplicación en el presente caso, al resultar de aplicación el Convenio referido, y, en todo caso, de los términos en que se hizo la oferta definitiva de venta, tal como se refleja en el correo electrónico de fecha 19 de junio de 2008, no se desprenden otros condicionamientos que la entrega de la señal como prueba de la reserva y el otorgamiento de un plazo hasta el 25 de junio de 2008, términos de la oferta que incumplió la entidad demandada al vender la grúa a un tercero, sin respetar los términos de la oferta, aceptada por la entidad actora, y asimismo tampoco se desprende lo referido en el correo electrónico que la entidad demandada y oferente se pudieran desentender de la oferta y de la perfección del contrato devolviendo la cantidad en los términos que prevé el artículo 1.454 del Código Civil, con la circunstancia de que en el presente caso la entidad demandada no llegó a recibir, por su proceder, la cantidad solicitada por reserva*”. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA. Sentencia No. 00408/2010. 15 de julio de 2010. Caso número 439/10. Magistrados: Carlos Moreno Millan (Presidente), Juan Martínez Perez, Juan Antonio Jover Coy. Disponible en línea: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan85.htm> [6.11.2011]

20 En palabras del NORTH AMERICAN CONSUMER PROJECT ON ELECTRONIC COMMERCE (NACPEC) el spam es el “*correo comercial no solicitado generalmente enviado a las direcciones electrónicas de los consumidores sin la autorización y consentimiento del consumidor. El spam es*

a personas determinadas o indeterminadas, de mensajes de datos no solicitados previamente por el destinatario.

En este sentido, en España, el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE, Ley 34/2002, de 11 de julio)²¹ prohíbe “*el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas*”. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el *spam* posee dos características propias, a saber: *i*) el envío masivo a personas determinadas o no de una comunicación publicitaria²² y, *ii*) que el envío no ha sido autorizado previamente por el destinatario.

Así las cosas, las condiciones inherentes del *spam* obligan a describirlo como un elemento de publicidad, predominantemente dirigido a persona indeterminada²³, que promueve un determinado

comúnmente enviado por empresas legítimas de mercadeo y telemercadeo o bien por compañías ilegítimas o individuos comisionados exclusivamente para dicho fin”. NORTH AMERICAN CONSUMER PROJECT ON ELECTRONIC COMMERCE (NACPEC). Preguntas Más Frecuentes Acerca del Correo Comercial No Solicitado (Spam) y el Phishing. Disponible en línea: <http://www.nacpec.org/es/faq.html> [6.11.2011]

- 21 Mediante la Ley 34/2002, España incorpora a su ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.
- 22 ILLESCAS ORTIZ critica la definición contenida en el artículo 21 de la LSSICE, al exponer que “Esta definición procede del artículo 21 de la LSSICE y resulta, cuando menos incompleta, puesto que lo que caracteriza al *spam* precisamente no es su soporte electrónico sino la difusión masiva del mensaje publicitario en una dimensión tan solo alcanzable – y probablemente rentable- en un soporte de dicha naturaleza”. ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación*. Op. Cit. Pág. 244.
- 23 Sobre la obligatoriedad de las ofertas a personas no determinadas CUBIDES CAMACHO Y CUBIDES DELGADO sostienen que. “*En general la regla que informa la estructura legal de la obligatoriedad de la oferta entre nosotros es la siguiente: la oferta dirigida a personas determinadas es obligatoria, a tiempo que la oferta dirigida a personas no determinadas, esto es la policitación, no es obligatoria para quien la hace, a menos que vaya acompañada de la exhibición o determinación pública de la cosa ofrecida. Así es obligatoria la oferta que hagan los comerciantes hasta cuando éstas permanezcan expuestas al público*”. CUBIDES CAMACHO, J.; CUBIDES DELGADO, J. *Obligaciones*. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana. 1999. Pág. 203.

producto o servicio sin que por ello pueda decirse que invita a la celebración de un contrato, razón por la cual no puede en ninguna circunstancia ser tratado como una verdadera oferta. En este sentido, la “aceptación” de la publicidad que se describa mediante el *spam* no determina la existencia de un contrato²⁴. La oferta, por el contrario, es una propuesta seria y firme de un negocio, en la cual se ha superado la etapa de imprecisión respecto de las personas a quien se dirige, así como que se encuentra a tal punto descrita que lo único que falta para la celebración del negocio es el “sí” del destinatario y que bastará con

En todo caso, es preciso, también, tener en cuenta que el Art. 848 del CCoC expone que es obligatoria la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio. De igual forma, el Art. 14.2 de la CISG expone que: “Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario”.

- 24 En todo caso, habrá de tenerse en cuenta que el *spam* posee un contenido altamente relacionado con materia de consumidores y de protección de datos personales (*habeas data*), razón por la cual le podrían ser aplicables aspectos tales como: el derecho-deber de información, el derecho de reclamación, la garantía mínima presunta, entre otros derechos consagrados en este tipo de normatividades. *Vid.* COUDERT, F. *Ficheros privados con régimen especial. Parte II. Publicidad y prospección comercial*. En AA.VV. Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal. Madrid. Lex Nova. 2007. Pág. 559. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=jFjzsUqwMQkC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011]; SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid. La ley. 2007. Págs. 327. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=4m-L-isdmqAC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011]. En Colombia: GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO, TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA (GECTI). Documento GECTI 02. *Necesidad de regulación del derecho fundamental al habeas data (protección de los datos personales de los colombianos)*. 14 de julio de 2004. Universidad de los Andes. Disponible en línea: <http://www.habeasdata.org.co/wp-content/uploads/2010/11/documentos-gecti-proteccion-de-datos-personales.pdf> [6.11.2011]; REMOLINA ANGARITA, N. ¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo? *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010. Págs. 489-524. Disponible en línea: <http://www.habeasdata.org.co/wp-content/uploads/2010/08/colombia-y-nivel-adecuado-de-proteccion-de-datos-nelson-remolina-il-julio-de-2010.pdf> [6.11.2011]; MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES; CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO – CID; UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Proyecto Políticas Nacionales de Apropiación de TIC de las Poblaciones Vulnerables, Uso Responsable de TIC, y Socialización de la Política de Uso Responsable*. Política Nacional de Uso Responsable de Internet y otras TIC. Octubre 2010. Disponible en línea: <http://www.enticconfio.org/portals/0/Pol%C3%ADtica.pdf> [6.11.2011]

esta respuesta afirmativa para que, sin más declaraciones del oferente, éste quede obligado.

Así las cosas, salta a la vista que el *spam* carece de todo componente de seriedad y determinación que pueda exigirse de la oferta, pues la firmeza de la comunicación, esto es, la intención del oferente de obligarse por su manifestación de voluntad, se refleja en su comportamiento, en las expresiones que utiliza y en la precisión con que redacte la misma. El *spam* se caracteriza entonces por ser una comunicación publicitaria, y en muchos casos ilegal, que no expresa la intención del iniciador del mensaje de datos de quedar vinculado sino como verdadero compromiso de quedar ligado, automáticamente, en caso de que el destinatario adhiera a la propuesta.

No obstante la claridad de la conclusión anterior, esto es que el *spam* no es una verdadera oferta, es pertinente señalar que el legislador español, incorporó mediante la Ley 32/2003 del 3 de noviembre (Ley General de Telecomunicaciones), una atenuación al riguroso régimen del *spam* contenido en el aludido artículo 21 de la LSSICE, al indicar que:

“Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente” (negrilla fuera de texto).

Con esta disposición, se establece en España un escenario en el cual las comunicaciones masivas o *spam* son legales, el cual se centra en el cumplimiento de tres requisitos muy claros, a saber: *i.* que exista una relación contractual previa, *ii.* que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y *iii.* que la

comunicación se refiera a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, resalta ILLESCAS ORTIZ, los emisores de los mensajes de datos masivos (*spam*) han de someterse a las normas sobre protección de datos, así como se encuentran obligados a ofrecer la posibilidad al destinatario de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales²⁵.

3.3. El contenido de la oferta.

Ahora bien, en relación al contenido requerido en la oferta (también denominado determinación objetiva), los ordenamientos jurídicos nacionales de la CAN coinciden en la necesidad de que la propuesta incorpore los elementos *necesarios* del negocio jurídico propuesto (art. 826 del CCoBol²⁶, art. 845 del CCoC.²⁷). Es así como la oferta se concibe como una *proposición completa* en la cual se contemplan la totalidad de elementos *esenciales*, de tal forma que con la aceptación simple y pura (art. 145 del Código de Comercio del Ecuador, CCoE²⁸) el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales.

Lo anterior, guarda, obviamente, relación con el concepto de oferta pues, como se estudió con anterioridad, la oferta es un proyecto acabado de contrato y, en consecuencia, no hace referencia ni a una invitación, ni a los acercamientos previos. La oferta, entonces, es la manifestación de voluntad con vocación de conclusión, en tanto exterioriza la voluntad

25 ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la...* Op. Cit. Pág. 245-246.

26 Art. 826 CCoB. Propuesta u oferta. La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, **debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario.**

27 Art. 845 del CCoC. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, **deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.** Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

28 Art. 145 CCoE. Dada la contestación, si en ella se aprobaré pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse respuesta ocurra la retractación muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios.

de contratar bajo unas condiciones determinadas que, en caso de ser aceptadas, perfeccionan el contrato. En palabras de JARAMILLO VARGAS Y MARTÍNEZ GRANADOS, “*La intención del oferente por lo tanto a esta altura no puede ser la de celebrar “algún” contrato en estas o aquellas condiciones; su intención es la de celebrar el contrato (...) en unas condiciones claras que él mismo predetermina*”²⁹.

En este sentido, la oferta ha de ser *completa*, esto significa que en el evento en que se deje algún elemento del contrato para una negociación posterior o trámite posterior, ésta, la oferta, no surtirá efectos ni validez como oferta. Sin embargo, en el tráfico mercantil puede suceder que la oferta no precise uno o más de los elementos sino que, por el contrario, posponga o reserve para una parte la fijación de los mismos, en otras palabras, puede que la propuesta de negocios sea *indeterminada* o *inacabada* en algunos de sus aspectos (por ejemplo, en una oferta mercantil de compraventa de un bien, en la cual no se determine específicamente el precio)³⁰.

En estricto sentido, se podría sostener que un defecto como el descrito implicaría entender que la propuesta así concebida no es una verdadera oferta y, que por tanto, solo el acto posterior que incorpore la totalidad de elementos esenciales, será tenida como tal³¹. No cabe duda que esta sería la posición conducente o aplicable de conformidad con las normas internas de los países miembros de la CAN (art. 826 del CCoBol, art. 845 del CCoC, art. 145 del CCoE y art. 1376 del CCoP).

29 JARAMILLO VARGAS, J.A.; MARTÍNEZ GRANADOS, A.M. *Formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: aplicación en el derecho colombiano*. Revista E-Mercatoria. Volumen 2. Número 2. 2003. Disponible en línea: <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/formacion.pdf> [6.11.2011]

30 Sobre el deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos, en especial en los contratos de seguro, *Vid.* VEIGA COPO, A. *El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos de seguro*. Madrid, La Ley, Núm. 6286, 1º de julio de 2005.

31 CANCINO, F. *Estudios de derecho privado*. Bogotá. Temis. 1979. Pág. 63

Más aún, si se examinan los pronunciamientos que, sobre el particular, ha proferido la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, en los cuales expresamente señala que si la oferta es incompleta no puede producir efectos vinculantes, sin perjuicio que los aspectos secundarios pueden ser especificados con posterioridad³². A la letra, la CORTE expone que:

*“Dada la enorme trascendencia que en el tráfico negocial de bienes y servicios se deriva de la oferta, ella ha sido objeto de regulación legal (arts. 845 a 863, Código de Comercio) y, en torno a la misma, se tiene por establecido que, para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, **completa**, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento. Ello significa, entonces, que para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, (...) y, al propio tiempo, **ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento”** (negrilla fuera de texto)³³.*

Adicionalmente, OVIEDO ALBÁN³⁴ destaca que incluso la jurisprudencia arbitral colombiana reconoce la exigente necesidad de delimitación que se estudia, en tanto se ha afirmado que:

32 En este mismo sentido: OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 36 - 39.

33 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 8 de marzo de 1995. M.P. Pedro Lafont Pianetta. En igual sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 16 de octubre de 1980. M.P. Ricardo Uribe Holguín

34 OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 40 y siguientes.

“Adicionalmente tampoco se trata de una oferta el documento que se analiza, si se observa que el mismo, al no señalar el precio de las acciones, sino deferir su determinación al dictamen de un perito evaluador que debía, además, ser designado de común acuerdo por las partes, carecía de un elemento esencial para el negocio que era indispensable a fin de que la oferta se tipificara, toda vez que es sabido que la misma debe referirse a un negocio completo, identificado íntegramente con sus elementos esenciales y con los accidentales que desee incluir el oferente” (negrilla fuera de texto)³⁵.

La interpretación restringida que realiza la jurisprudencia, e incluso alguna parte de la doctrina, como se ha señalado, sobre el contenido necesario de la oferta es absolutamente criticable. Al respecto, DIEZ PICAZO³⁶ explica que el requisito de *determinación de la oferta*, no implica, necesariamente, que el oferente expresamente indique las condiciones de la misma sino que, por el contrario, también se considera *determinada* aquella manifestación de voluntad en la que se fijen los parámetros para su determinación. Así pues, a la luz de esta interpretación, sería válida la oferta en la que se reserve al arbitrio del destinatario o de un tercero alguno de los elementos del contrato. En el primer caso, explica DIEZ PICAZO, para que haya genuina oferta será preciso, que queden claramente deslindados los límites dentro de los cuales el arbitrio del aceptante pueda funcionar. En el segundo, la oferta con remisión al arbitrio de un tercero ha de ser considerada una forma normal de determinación del contenido del contrato³⁷.

Así pues, la posición reinante en torno al contenido de la oferta en la CAN se orienta a exigir la expresa determinación de la

35 TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral de Ignacio Moreno Restrepo vs Rodrigo Ospina Hernández. 15 de marzo de 1999. Árbitros: Ramón Madriñan de la Torre, Andrés Ordoñez Ordoñez y Hernán Fabio López.

36 DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* Op. Cit. Pág. 283.

37 En igual sentido, DURANY PICH, S. *La formación del contrato*. Universitat Pompeu Fabra. Tesis Doctoral. Dirigida por: Pablo Sanvador Coderch. Barcelona. 1993. Págs. 9 a 11; OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. 36 a 38.

totalidad de elementos esenciales, existen posiciones doctrinales que propugnan por entender que la existencia de criterios claros sobre la determinabilidad de los elementos esenciales hace a la oferta lo suficientemente definida. Es así como, para adoptar una postura más flexible no es necesario modificar los textos legales al interior de la Can, sino que, por el contrario, se considera que basta con modificar o adaptar la interpretación que sobre los mismos se dan en sede judicial y arbitral.

Desde otra perspectiva, la posición restringida, exegética o literal de la norma antes expuesta, no se muestra armónica con los elementos de carácter internacional, en los cuales se propugna por cobijar con la mayor seguridad jurídica los diferentes actos o contratos, así como, por la *supervivencia o preservación* de la voluntad y del negocio jurídico (*favor negotii*), entendida como la vocación de un ordenamiento jurídico de “salvar”, hasta donde sea posible, la voluntad expresada por las partes al celebrar cualquier negocio jurídico³⁸.

Así pues, los PCCI en su art. 2.2., emplean una redacción amplia en relación a la oferta, en tanto exige que la propuesta sea “*suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación*”. Es precisamente, esta amplia definición lo que favorece entender, que el concepto de *precisión de la oferta* hace referencia a la indicación de los elementos que hacen parte del contrato, cuando

38 Para GÓMEZ VÁSQUEZ aunque en realidad la naturaleza de principio del *favor negotii* es discutible, si es evidente la tendencia más o menos general hacia la efectividad o eficacia de la disposición negocial, salvo que la misma supere en gran medida los límites éticos y de corrección fijados por la estructura legal del contrato. Cfr. GÓMEZ VÁSQUEZ, C. El principio de conservación del contrato en el derecho contractual internacional (análisis dogmático y contextual). *Ambiente jurídico*. Universidad de Manizales. 2006. Pág. 9. Disponible en línea: <http://es.calameo.com/read/00032500554ce3efebb72> [6.11.2011]. Sobre el principio de conservación del negocio jurídico: Vid. MENDOZA RAMÍREZ, A. Principios generales del derecho comercial. En: OVIEDO ALBÁN, J. (coord.). Derecho comercial en el siglo XXI. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana. Temis. 2008; SERRANO ACITORES, A. El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad. *Noticias Jurídicas*. 2010. Disponible en línea: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html> [6.11.2011]

menos de una forma determinable. En otras palabras, los PCCI entiende por precisión de la oferta que se indique de forma razonable los elementos que integran el contrato, los cuales a pesar de no estar necesariamente determinados deben ser por lo menos determinables, mediante las prácticas o usos internacionalmente aceptados.

En este mismo punto, se ha destaca que los mismos PCCI han señalado los mecanismos que se han de emplear en el evento en que un contrato internacional incorpore términos abiertos o cláusulas aún no acordadas por las partes. Sobre este particular, el artículo 2.1.14, se establece con claridad que *“si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato”*.

La anterior posición se reafirma más adelante en el citado artículo, al disponer que *“La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad: a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes”*. Es notoria la marcada posición de los PCCI en torno al tema de la delimitación de la oferta, en cuanto se busca dotar con la mayor seguridad jurídica a los negocios comerciales internacionales, aceptando, desde una perspectiva razonable, que dentro de las propuestas de negocios se incluyan cláusulas abiertas, pero determinables, ya sea por un posterior acuerdo de las partes o por un tercero.

En este mismo sentido, PERALES VISCASILLAS expone que la disposición de los *Principios*, tal y como se encuentra, evita disputas doctrinales (entre el *civil law* y el *common law*) en torno al concepto

de *elemento esencial* y se muestra más acorde con la práctica comercial internacional³⁹.

Ahora bien, adicional a la claridad que los PCCI entregan sobre la materia en el ámbito internacional, es preciso analizar el contexto de la CISG la cual, en su art. 14.1, establece cuál ha de ser el contenido de la oferta⁴⁰, al indicar que: “*Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos*”. No obstante, se llama la atención que el texto de la convención no requiere que la oferta esté absolutamente determinada, en este sentido, acoge, al igual que los PCCI, una redacción amplia en la que se limita a la imposición de un grado de suficiente precisión, permitiendo posibilidades distintas para determinarlos.

Para CRUCILAEGUI⁴¹, la interpretación de este artículo ha de tener en cuenta los principios generales de la convención, en particular el de razonabilidad (art. 7.1)⁴², la intención de los contratantes (art. 8.1)⁴³

39 PERALES VISCASILLAS, M. P. *Formación*. En AA.VV: Comentario a los principios Unidroit para los contratos del comercio internacional. Madrid. Aranzadi. 1999.

40 Artículo 14.1 de la CISG. La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

41 CRUCILAEGUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (España): Thomson: Civitas. 2005. Págs. 107

42 Art. 7.1. de la CISG. *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.*

43 Art. 8.1. de la CISG. *A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención*

y la buena fe (art. 8.2)⁴⁴. PERALES VISCASILLAS⁴⁵ ejemplifica, de manera afortunada, el artículo 14.1 de la CISG, indicando que:

“Para que una oferta se considere suficientemente precisa debe contener una indicación de las mercaderías, la cantidad y el precio. Los dos últimos elementos pueden ser señalados de forma expresa (5.000 unidades a 10 pesetas por unidad) o de forma implícita (por remisión a las negociaciones previas, a los usos o prácticas establecidas con anterioridad por los contratantes).

Además pueden ser determinados o determinables, por ejemplo por referencia al valor de bolsa de un determinado día, siempre que en la oferta queden fijadas las bases para su determinación o las ofertas que señalen “todas mis existencias”, “todo lo que necesite” o “una gran cantidad de (...)”, o estableciendo un tope máximo y otro mínimo. Tanto el precio como la cantidad pueden determinarse por un tercero o, incluso, por una de las partes. En caso de que ninguna de ellas pueda determinarlo, parece que se podría aplicar el estándar de la razonabilidad para subsanar esa deficiencia” (negrilla fuera de texto).

Adicionalmente, ha de resaltarse que la misma Convención, en su art. 55, prevé el mecanismo para suplir el vacío respecto del precio de la venta (contratos de precio abierto u *open price contracts*), acudiendo al generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato en el tráfico mercantil⁴⁶.

44 Art. 8.2. de la CISG. *Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.*

45 PERALES VISCASILLAS, M.P. *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2001. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#civil> [6.11.2011]

46 OVIEDO ALBÁN anota que la doctrina y la jurisprudencia está dividida en este punto, en tanto, algunos analizan el art. 14 de la CISG de forma aislada, mientras otros dan prevalencia a lo dispuesto en el art. 55. OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Págs. 42

En este punto, vale la pena preguntarse si el art. 920 del CCoC prevé la forma de determinación de un elemento esencial (*el precio*) en el evento de ser omitido en la formación de un contrato de compraventa, así como lo hace la CISG, ¿por qué razón no se admite la posibilidad, para los demás contratos mercantiles, de determinar posteriormente uno de los elementos esenciales del contrato propuesto?

Así las cosas, la interpretación exegética y restringida de los textos normativos entorno a la delimitación objetiva de la oferta que se aplica en la actualidad en los países de la Comunidad Andina no es armónica con las corrientes internacionales. Así mismo, tampoco se muestra coherente la interpretación actual de este aspecto con la aceptación, en algunos contratos específicos (como el de compraventa), de diferir la determinación de uno de los elementos esenciales.

De acuerdo con lo anterior, se deduce la necesidad de adaptar o actualizar la interpretación que se tiene al interior de los países de la Comunidad Andina sobre la delimitación objetiva de la oferta, con el fin de favorecer la seguridad jurídica del tráfico mercantil incorporando un concepto más amplio en el contenido de la oferta, omitiendo la sanción de *inexistencia* a las ofertas indeterminadas.

Así las cosas, la fuente obligacional de la oferta ya no se centraría en el contener la totalidad de los elementos esenciales del contrato propuesto, sino que, por el contrario, se acogería la idea de que es la intención del oferente de obligarse la causa de los efectos jurídicos de la oferta. Esta idea no es, en la actualidad ajena a los comerciantes de los países andinos, en tanto está presente en los diferentes elementos “normativos” internacionales, a partir de los cuales, el juez ha de examinar si *es razonable* inferir la voluntad de obligarse por parte del oferente, a efectos de dar lugar a los efectos jurídicos pertinentes.

Se considera, en todo caso, que la tarea del juez no debe limitarse a “desechar” las ofertas que difieran a una posterior negociación, al

criterio de un tercero o a los usos y prácticas del comercio, sino que por el contrario, la visión del ordenamiento jurídico tendrá que orientarse a dotar de la mayor seguridad jurídica posible los negocios, acogiendo como buena práctica, la interpretación a la luz de los instrumentos internacionales.

Desde la perspectiva del derecho mercantil, esta circunstancia no puede ser vista de forma lejana, pues, al revisar las características del derecho comercial, la *internacionalidad* y el carácter *consuetudinario* juegan un papel de importancia. Más aún, si somos conscientes de la fuerza vinculante que los organismos internacionales y sus instrumentos han ido adquiriendo dentro de la *lex mercatoria*⁴⁷.

3.4. Momento a partir del cual la oferta surte efectos.

Una vez estudiado el concepto de la oferta, así como contrastado este con una figura de cada vez mayor empleo en el comercio electrónico (el *spam*), así como examinado el tratamiento, en la comunidad andina y en los algunos referentes internacionales, corresponde estudiar el momento a partir del cual la oferta surte sus efectos en el mundo jurídico. Esta materia se considera fundamental pues, es a partir del momento en que la oferta surte sus efectos jurídicos, que el oferente

47 ESPINOSA QUINTERO destaca como, los instrumentos de la *lex mercatoria*, han sido empleados paulatinamente en la jurisprudencia colombiana, como factor de interpretación. Al respecto reseña las siguientes sentencias: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 8 de septiembre de 2011. M.P. William Namén Vargas.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 16 de diciembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 1 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas.; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 7 de febrero de 2008. M.P. William Namén Vargas. Cfr. ESPINOSA QUINTERO, L. *La unificación y modernización del Derecho de las obligaciones y contratos en Colombia*. Encuentro de Investigación en Derecho Privado, “Nuevas Formas de Obligaciones y Contratos”. 22 de Septiembre de 2011. Universidad Sergio Arboleda. Disponible en línea: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-privado/presentacion-La%20unificaci%C3%B3n%20y%20modernizaci%C3%B3n%20del%20Derecho%20de%20las%20obligaciones%20y%20contratos%20en%20Colombia.pdf> [6.11.2011]

queda obligado respecto de su contenido y, a partir de cuándo el destinatario puede expresar su aceptación.

En este sentido, se ha de mencionar que solo con la exteriorización es que la voluntad se encamina a producir efectos jurídicos. En otras palabras, solo cuando la voluntad del particular supera el fuero interno y trasciende hacia los demás es, dicha voluntad, está en potencia de generar efectos jurídicos. El problema se presenta en determinar el momento exacto en el cual se ha de entender que una manifestación de voluntad fue comunicada.

Al respecto, han surgido diferentes sistemas o teorías, cada uno de los cuales, conlleva aspectos positivos como negativos y han sido asumidos de forma diversa al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que pueda establecerse en forma definitiva cuál de todos ellos es el mejor. La eficacia de la oferta, cualquiera que sea la teoría acogida, extingue la facultad del oferente de modificar o retirar la oferta⁴⁸ y nace, de manera correlativa, *i)* el derecho del destinatario de aceptarla y formar el contrato, *ii)* el inicio del cómputo del plazo para la aceptación, so pena de caducidad de la oferta y, *iii)* la facultad del oferente de revocar la propuesta, supuesto que se analizará en el siguiente acápite.

Las corrientes teóricas a las cuales hacemos referencia, se sintetizan los siguientes aspectos⁴⁹:

48 Como se observará, la posibilidad a la que se hace referencia es notoriamente limitada en la teoría de la expedición, en el sentido que desde el mismo instante del envío de la propuesta, ésta surte efectos.

49 Sobre este particular, ver ante todo: SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes- Cámara de comercio de Bogotá. 1996. Pág. 117. Así mismo, Vid. OSPINA FERNÁNDEZ, G. & OSPINA FERNÁNDEZ, E. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis. 1994.; PINOCHET OLAVE, R. *La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica. ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?* Revista Ius et Praxis. 11. 2005. Pág. 55 – 92. Disponible en línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100004&script=sci_arttext [6.11.2011]; PERALES VISCASILLAS, M.P. *Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica*

i) Teoría de la *declaración o exteriorización*. Al amparo de esta teoría, la voluntad se manifiesta en el primer estado de su exteriorización, esto es, cuando el iniciador emite, manifiesta o declara su intención de generar un efecto jurídico, de forma que lo exterioriza. Según esta circunstancia, por ejemplo, la manifestación de voluntad se ha exteriorizado cuando el iniciador escribe una carta que contiene una oferta; momento a partir del cual el contrato se entiende perfeccionado, aun cuando la aludida comunicación no sea enviado⁵⁰.

ii) Teoría de la *expedición o remisión*, según esta posición la propuesta surte efecto desde el mismo instante que el oferente expida o comunique su voluntad por un medio apropiado para el conocimiento por parte del destinatario, sin importar si ésta llega al destinatario. Así pues, continuando con el ejemplo de la carta, se requerirá, al amparo de esta teoría, que el iniciador envíe la carta ya redactada, más no importará si el mensaje es recibido o no por el destinatario. Es evidente entonces que para esta posición no basta la mera declaración de voluntad sino que se requiere del iniciador la ejecución de algún tipo de acto tendiente a que el mensaje llegue al destinatario.

del contrato en el Draft Common Frame of Reference. Revista de Contratación Electrónica. Núm. 100. 2009. Disponible en: http://vlex.com/vid/oacute-nica-draft-frame-reference-57446028?ix_resultado=23.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bphrase%5D=formaci%C3%B3n+del+contrato [6.11.2011]; NEWMAN RODRIGUEZ, S. *Aproximación a la formación del contrato electrónico en la legislación española*. Revista Ventana Legal. 2001. Disponible en línea: http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm [6.11.2011]; MENÉNDEZ MATO, Juan C. *La Oferta Contractual*. ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 203 y siguientes.

50 PINOCHET OLAVE expone que la teoría de la declaración es criticada puesto que no reconoce el carácter recepticio que debe asignársele a las declaraciones contractuales. PINOCHET OLAVE, R. *La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica. ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?* Revista Ius et Praxis. 11. 2005. Pág. 55 – 92. Disponible en línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100004&script=sci_arttext [6.11.2011]

iii) Teoría de la *recepción*, esta tesis requiere, de forma adicional a la anterior, que el mensaje que contiene la oferta llegue al destinatario, esto es que sea recibida por este. En este sentido, solo se producen efectos jurídicos cuando el iniciador se ha despojado completamente de su declaración de voluntad y ésta, queda a disposición del destinatario para su conocimiento. Sin embargo, en esta tesis no importa si el destinatario efectivamente conoce o no el contenido el mensaje, basta con que tenga la posibilidad de conocerlo. Continuando con el ejemplo propuesto, al amparo de esta teoría la oferta no solamente ha de ser exteriorizada en una carta y comunicada mediante el envío de la misma, sino que adicionalmente se requerirá que el mensaje llegue al destinatario.

iv) Finalmente, la teoría de la *información* o *cognición* en la cual se exige que, además de la declaración, expedición y recepción, que el destinatario conozca o se informe del contenido de la propuesta. Esta teoría, parece responder a una especie de equilibrio entre las partes, de tal forma que solo con el conocimiento pleno del contenido por ambas partes, se inician los efectos jurídicos del mensaje. En el contexto del ejemplo escogido, los efectos jurídicos de la oferta solo se producirán cuando el destinatario lea los términos de la misma.

En relación a esta clasificación, es posible advertir que están construidas de forma progresiva de menor a mayor conocimiento del destinatario, así como es posible identificar dos tesis extremas (declaración y cognición) y dos tesis intermedias (expedición y recepción). Estas últimas se muestran como las más favorables pues liberan a la teoría de cualquier consideración subjetiva. Ahora bien, al escoger entre las diferentes teorías, tácitamente, se está definiendo que parte del contrato ha de soportar el riesgo de la transmisión del mensaje, así, por ejemplo, si se acoge la teoría de declaración o de la

expedición, es el destinatario quien deberá soportar el riesgo del medio de transmisión, mientras que en las teorías de la recepción y de la cognición será el iniciador del mensaje quien se verá sujeto al evento de cualquier contingencia que afecte a la declaración de voluntad ya emitida⁵¹.

Ahora bien, ILLESCAS ORTIZ, con algo de ironía, expone que, aunque es preciso aplicar el principio de no alteración del derecho vigente, esto es, que los medios electrónicos no están llamados a alterar las normas sustanciales aplicables al perfeccionamiento del contrato, también ha de tenerse en cuenta que un mensaje de datos no es una carta y que un proveedor de servicios de internet no es un cartero. Así las cosas, sin que por ello se entienda necesariamente la alteración del derecho sustancial vigente, también habrán de estudiarse las normas especiales sobre la expedición y recepción de los mensajes de datos.

3.4.1. Las respuestas desde la normatividad de los países andinos

El estudio de los ordenamientos jurídicos internos de los países de la Comunidad Andina, evidencia que en su mayoría se acoge la teoría de la emisión o expedición, como determinante para la producción de efectos jurídicos de la propuesta. Al respecto, los ordenamientos de Bolivia (art. 826 del CCoBol⁵²) y Colombia (arts. 845 y 846 del CCoC⁵³)

51 MORENO MOREJON, F. El perfeccionamiento de los contratos. *Apuntes Jurídicos*. Disponible en línea:

http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/723_DOC_OTRO.pdf

52 Art. 826 del CCoB. Propuesta u oferta. La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario. Una vez comunicada al destinatario, el proponente no puede revocarla o retractarse, bajo pena de indemnizar los perjuicios que con ello cause, al destinatario.

53 Art. 845 del CCoC. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

Art. 846 del CCoC. La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

poseen una redacción que, en principio, lleva a pensar que se pensaría, que se requiere que el destinatario conozca la oferta para que ésta produzca efectos jurídicos.

No obstante, es preciso advertir que esta apreciación es incorrecta. Así, por ejemplo, en Colombia el texto normativo no expresa que “*se presume*”, sino que, por el contrario indica que “*se entenderá*”, con lo cual es evidente que se acoge la teoría de la expedición, descartando la teoría de la recepción de la oferta⁵⁴. No obstante, y aunque el tema no ha sido pacífico, es válido afirmar que una parte mayoritaria de la doctrina⁵⁵, expone que el legislador colombiano acoge el sistema de la expedición, en tanto, si el oferente utiliza un medio idóneo, no es requerido que la comunicación llegue efectivamente a su destino, en tanto entiende que si se trata de un medio idóneo, la oferta va a llegar a su destino. Es así como la oferta se tiene como obligatoria con la expedición de la misma, y no puede admitirse que el oferente haga todo lo que esté a su alcance pero la obligatoriedad venga a depender de elementos exógenos, que no se sepa a partir de cuándo está obligado.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

54 Vid. GARCÍA MÁS, F. J. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. Valladolid, Lex Nova, 2004.

55 SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes- Cámara de comercio de Bogotá. 1996. Pág. 117; PEÑA NOSSA, L. De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales. Negocios del empresario. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia: ECOE. 2006. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=-cM5bG7e8cC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011]. Págs. 186; OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas)*. Vniversitas. Pontificia Universidad Javeriana. 96. 1999. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlbán1.html#8> [6.11.2011]

Sobre este particular, PEÑA NOSSA⁵⁶ sostiene que no queda lugar a dudas sobre que el criterio adoptado en el ordenamiento colombiano es el de la expedición de la oferta, para lo cual recurre a la interpretación de los preceptos citados (arts. 845 y 846 del CCoC) a la luz de la intención o el espíritu de la norma, así como de la historia fidedigna de la misma (art. 27 del CCC). En este sentido, el tratadista en estudio, se remite a las Actas 37 y 38 de marzo de 1969 correspondientes a la comisión redactora del código, respecto de las cuales expresa:

“Posteriormente en el acta 38 se retoma el tema y el Dr. Pérez (Vives) vuelve a defender el criterio del envío de la propuesta diciendo que es muy seguro para el proponente, puesto que este hecho es conocido para él y sabe que desde ese momento queda obligado en la magnitud de la oferta. Por esta circunstancia se toma como punto de referencia cierto a partir del cual el oferente queda obligado”

No obstante lo anterior, y desde otra perspectiva, OSPINA FERNÁNDEZ & OSPINA FERNÁNDEZ manifiestan que el sistema de la recepción consulta mejor los intereses de los interesados al facilitarles la prueba del recibo de la respuesta al destinatario de la oferta y el contenido aprobatorio de tal respuesta⁵⁷.

Ahora bien, el ordenamiento del Ecuador (arts. 143 y 144 del CCoE) es mucho más claro en su definir que concepción se ha de acoger. Es así como se dispone claramente que *“el proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, (...)”*. De acuerdo con lo anterior, es de bulto que la comunicación que se requiere de la oferta se deriva, también en el caso ecuatoriano, del envío del mensaje, con lo cual se acoge la *teoría de la emisión o expedición*.

56 Cfr. PEÑA NOSSA, L. De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales. Negocios del empresario. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia: ECOE. 2006. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=-cM5bG7e8cC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011]. Págs. 186.

57 OSPINA FERNÁNDEZ, G. & OSPINA FERNÁNDEZ, E. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis. 1994. Pág. 168

Hasta este punto, la solución en el ordenamiento andino se orienta en el mismo sentido. No obstante, el Código de Comercio del Perú (CCoP), en su art. 1374, difiere de la posición dominante en la región y acoge, en su lugar, la *teoría de la recepción* como determinante para fijar el momento en el cual la oferta produce efectos, al señalar que

“la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual, (...) se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”.

Como se mencionó con anterioridad, es claro que la solución planteada por el ordenamiento jurídico peruano difiere de la regla general en el ámbito de la Comunidad Andina. A continuación, corresponde estudiar la posición que han adoptado, sobre este mismo particular, los elementos internacionales:

3.4.2. Las respuestas desde los instrumentos internacionales

Ahora bien, a la luz de los elementos internacionales, se evidencia que la normatividad peruana es, sin lugar a dudas, más coherente con éstos. Así pues, el art. 1.10 de los PCCI indica que:

- “(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.
- (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.
- (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal”.

De igual forma, la CISG consagra en el art. 15.1 que la *“La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”*⁵⁸. Así las cosas es evidente la coherencia entre estos dos elementos internacionales, en los cuales la oferta se considera efectiva, esto es, adquiere valor jurídico cuando llega al destinatario (*teoría de la recepción*)⁵⁹. Al respecto, DÍEZ PICAZO indica que:

*“Es el punto de vista hoy dominante en la doctrina que ha estudiado estas materias y es probablemente el que lleva a cabo una más adecuada ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego. Efectivamente, el oferente ha actuado con diligencia y ha hecho todo aquello que estaba en su mano. Si el destinatario, por su parte, pudo, y además actuando diligentemente debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no hubiera existido un conocimiento real y efectivo. Por consiguiente, desde ese momento la oferta se hace efectiva; por decirlo de otra manera, recibe plenamente su consideración como oferta”*⁶⁰.

-
- 58 Desde la perspectiva del ordenamiento español, respecto de este mismo debate: DE MIGUEL ASENSIO, al referirse a la disposición adicional cuarta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y comercio electrónico (Ley 34/2002), modificatoria de los artículos 1262 Código Civil Español y 54 Código de Comercio Español, señala que la nueva redacción ha sido severamente criticada, pues combina varios criterios sin establecer con claridad la aplicación del criterio de recepción, que tiende a consolidarse en esta materia a escala comparada; concluyendo que si bien las normas en mención parten de la teoría del conocimiento, lo matizan acogiendo la teoría de la recepción en los casos de negligencia o de mala fe. DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho del comercio electrónico*. México: Porrúa. 2005. Pág. 70. Por su parte, GONZÁLEZ considera que la nueva redacción de los artículos 1262 del Código Civil Español y 54 Código de Comercio Español, contempla una regla que rige con carácter general la perfección de los contratos civiles y mercantiles celebrados “a distancia”, con independencia del medio de comunicación empleado, y una excepción aplicable fundamentalmente a los contratos electrónicos, pero no a todos, sino únicamente a los concluidos mediante dispositivos automáticos. GONZÁLEZ, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares. 2004. Cfr. ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación...* Op. Cit.
- 59 En este mismo sentido: CRUCILAEQUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional...* Op. Cit. Págs. 110-111
- 60 DÍEZ PICAZO, L. *Artículo 14*. En AA.VV. *La compraventa internacional e mercaderías*. Comentario de la Convención de Viena. Madrid. Civitas. 2007. Págs. 171 y 172

De lo anterior se evidencia un reconocimiento unánime en los elementos internacionales objeto de estudio para la teoría de la recepción de la oferta. El reconocimiento de esta teoría implica, por ejemplo, un espacio de tiempo entre la emisión o envío de la comunicación y el recibo de la misma en el cual, el iniciador u oferente no se encuentra obligado en los términos de la oferta y, en consecuencia, podrá retirarla o revocarla, según le sea permitido o no, como se expondrá en un acápite posterior.

3.4.3. El momento y lugar de envío y recepción de un mensaje de datos.

El estudio de este aspecto nace, como se señaló, de las particularidades del comercio electrónico, pues el funcionamiento normal y las técnicas propias en las cuales se mueven los mensajes de datos, difieren sustancialmente de las comunicaciones tradicionales. Es así como la definición de “envío” y “recepción” de un mensaje de datos no busca derogar o modificar el derecho sustancial vigente, ni mucho menos, alterar la teoría o posición escogida por cada uno de los ordenamiento e instrumentos en torno al momento en que la oferta produce efectos, sino que, por el contrario pretende complementar dichas normas, de tal forma que sean plenamente aplicables a los mensajes de datos y, en general, al comercio electrónico.

En este sentido, el empleo de las técnicas de comunicación electrónica dificulta la determinación del tiempo y el lugar de las mismas, así como, es común que los diferentes actores del comercio electrónico se comuniquen desde y hacia diferentes Estados, sin siquiera ser conscientes de la ubicación de los sistemas de información por medio de los cuales se efectúa la comunicación. Así pues, el referente de mayor importancia sobre este particular es la LMCE, en la cual se busca establecer un parámetro objetivo para la determinación del tiempo y lugar de envío de comunicaciones electrónicas. Así las cosas, el art. 15 de la LMCE, define los siguientes aspectos:

Figura 10.

Momento y lugar de expedición y recepción de un mensaje de datos.

Descriptor	Restrictor	Disposición
Tiempo	<i>De expedición de un MD</i>	El mensaje de datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un sistema de información que no esté bajo control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre de éste.
	<i>De recibo de un MD</i>	<p>i) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensaje de datos, la recepción tendrá lugar:</p> <p>a. En el momento en que ingrese el mensaje de datos en el sistema de información designado; o</p> <p>b. De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;</p> <p>ii) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario</p>
Lugar	<i>De envío de un MD</i>	Se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento
	<i>De recibo de un MD</i>	Se tendrá por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo
	<i>Aspectos relevantes</i>	<p>i) Si el iniciador o destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;</p> <p>ii) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Información tomada de: LMCE (UNCITRAL)

Exactamente estas mismas disposiciones, están reproducidas en casi todos los ordenamientos de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia y Ecuador), así como fueron empleados como base del art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos (CUEC). Así pues, es evidente la fuerte influencia de la LMCE de la CNUDMI

en los diferentes ordenamientos jurídicos de la Comundiad Andina, e incluso en otros instrumentos internacionales de la misma *agencia formuladora*. No obstante, la afirmación anterior, se encuentran algunas divergencias conceptuales entre la LMCE y la CUCEC, las cuales se procede a explicar⁶¹:

- En torno al momento de expedición de un mensaje de datos: A este respecto, la CUCEC la definió como el momento en que una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, mientras que la LMCE optó por acoger el momento en que la comunicación entra en otro sistema de información. En este sentido, es válida la distinción que hace la CUCEC en tanto, es más ajustada la descripción de *emisión* al momento de salir del control del iniciador. Sin embargo, como la CNUDMI lo reconoce *“En la práctica, el resultado debería ser el mismo que el del párrafo 1 del artículo 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, puesto que la prueba más fácilmente accesible de que una comunicación ha salido de un sistema de información que está bajo el control del iniciador es la indicación, en el protocolo de transmisión pertinente, de la fecha y hora en que la comunicación fue entregada al sistema de información de destino o a los sistemas intermediarios de transmisión”*⁶².
- En torno a la recepción de las comunicaciones en ausencia de una dirección designada. En este caso, la LMCE exigía únicamente que el mensaje de datos ingresara a un sistema de información del destinatario. Por el contrario, la CUCEC exige, de forma adicional, que el destinatario tenga conocimiento de que esa

61 La CNUDMI explica que existen algunas diferencias en la formulación de los enunciados, sin embargo, también aclara que, en esos casos, los efectos jurídicos no varían entre la LMCE y la CUCEC.

Por esta razón, únicamente se exponen los cambios sustanciales que se consideran de especial relevancia.

62 CNUDMI. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos.. Op. Cit. Pág. 66

comunicación ha sido enviada a dicha dirección. Al respecto, es razonable el cambio en el sentido que *“muchas personas tenían más de una dirección electrónica, por lo que no era razonable esperar que previeran recibir comunicaciones jurídicamente vinculantes en todas sus direcciones”*.

En este punto, es preciso advertir que, tanto la LMCE como la CUCEC y las normatividades nacionales, establecen que estas disposiciones son de carácter supletivo, esto es, que se aplican únicamente a falta de estipulación o acuerdo de las partes. En otras palabras, los particulares tienen la primera opción para regular, en su relación específica, que han de entender por *expedición y recepción* de comunicaciones electrónicas y, solo ante el vacío o silencio de las partes, serán aplicables las normas precedentes. De igual forma, llama la atención la inexistencia de una normativa específica en el Perú sobre la materia, circunstancia que obliga al *agente jurídico* a acudir, como elemento de interpretación, a los instrumentos internacionales.

Finalmente, es preciso realizar algunas precisiones en torno al concepto “recuperar un mensaje de datos” empleado de manera reiterada en la CUCEC. Ha de entenderse, sobre este particular, que una comunicación electrónica puede ser recuperada por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste, razón por la cual, el mensaje de datos es, efectivamente, recuperado cuando el destinatario de la comunicación conoce de la llegada o recepción del mensaje de datos en un sistema de información bajo su control.

Es cierto, entonces, que difiere por mucho el concepto de “mensaje de datos recuperado” de la exigencia de “conocimiento” implícita en la teoría de la cognición. Esta diferencia es mucho más evidente con el siguiente ejemplo: Un mensaje de datos contentivo de una oferta mercantil, enviado a una dirección no registrada por el destinatario, únicamente se entenderá recibida cuando éste, el destinatario, tenga

conocimiento de la llegada del mensaje de datos a su correo (*mensaje de datos recuperado*). Sin embargo, solo conocerá el mensaje cuando acceda al mismo (*cognición*).

Lo anterior, pues bien puede el destinatario, no abrir el mensaje de datos, razón por la cual desconocería el contenido del mismo. Esta precisión es útil, con el fin de reafirmar que, la determinación del momento y lugar de expedición de un mensaje de datos, no altera la tesis adoptada por un ordenamiento jurídico en particular sobre los efectos de la oferta. A continuación, se presenta una tabla en la cual se resumen los elementos de comparación estudiados a lo largo del presente acápite:

Figura 11.
Tabla comparativa en relación al momento y lugar a partir del cual la oferta surte efectos.

Criterio de Comparación	UNIDROIT	UNCITRAL		Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
		CISG	LMCE de 1996 Guía legislativa de incorporación	Proyecto de ley 080/2007 (LCEB)	Ley 527 de 1999 (LCEC)	Ley 67 de 2002 (LCEE)	Ley No. 27291 de 2000 (LCEP)
Momento a partir del cual la oferta surte efectos	Teoría de la recepción	Teoría de la recepción	N/A	Teoría de la expedición	Teoría de la expedición	Teoría de la recepción	Teoría de la recepción
Momento y lugar de expedición y recepción de un mensaje de datos	N/A	N/A	Estos ordenamientos e instrumentos, acogen plenamente lo recogido en la "Figura 10. Momento y lugar de expedición y recepción de un mensaje de datos" (art. 15 de la LMCE; art. 24 de la LCEB; arts. 23, 24 y 25 de la LCEC; art. 11 de la LCEE).	La normatividad del Perú no consagra de forma específica el momento, ni sobre el lugar, de envío y recepción de un mensaje de datos. En todo caso, presume como recibido el mensaje de datos si el remitente recibe el acuse de recibo. (art. 1374 inc. 2 CCP)	La normatividad del Perú no consagra de forma específica el momento, ni sobre el lugar, de envío y recepción de un mensaje de datos.	La normatividad del Perú no consagra de forma específica el momento, ni sobre el lugar, de envío y recepción de un mensaje de datos.	La normatividad del Perú no consagra de forma específica el momento, ni sobre el lugar, de envío y recepción de un mensaje de datos.

Fuente: Elaboración propia.

3.5. Retiro y revocación de la oferta

La existencia de una oferta, una vez se cumplan con los presupuesto legales para tal fin, está encaminada a servir de elemento inicial para el cruce de voluntades que se traducirá en la formación de voluntades. La vida transitoria de la oferta, puesto que una vez nace está llamada a concluir prontamente, ya sea porque se cruza con la aceptación, porque se extingue sin ser aceptada, por ser retirada o por su revocatoria.

Así las cosas, el presente acápite se orienta estudiar, en los diferentes ordenamientos de referencia, el tratamiento respecto de la obligatoriedad de la oferta, esto es, desde la perspectiva de su fuerza vinculante respecto del oferente. Es así como, una vez que el oferente formula su oferta, con la totalidad de elementos exigidos para ello, así como la comunica a su destinatario, ésta, la oferta, adquiere valor jurídico y por lo tanto genera en el mundo unos determinados efectos jurídicos. El interrogante se orienta, entonces, a determinar las consecuencias si el oferente cambia de opinión respecto del contenido de la oferta o decide no honrar su manifestación de voluntad.

En el entorno internacional, principalmente, se distingue entre el *retiro* y la *revocatoria* de la oferta. OVIEDO ALBÁN⁶³, destaca que los términos utilizados son confusos, pues pueden ser entendidos como sinónimos, incluso desde su acepción puramente gramatical⁶⁴. Al respecto, es preciso mencionar que tanto el retiro como la revocatoria, son manifestaciones de voluntad encaminadas a dejar sin efectos una oferta.

63 OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 74 a 75.

64 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define, entre otras, estas palabras de la siguiente forma:

Retirar. 1. tr. Negar, dejar de dar algo. 2. Apartarse o separarse del trato, comunicación o amistad.

Revocar. (Del lat. *revocāre*). 1. tr. Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución. 2. tr. Apartar, retraer, disuadir a alguien de un designio. 3. tr. Hacer retroceder ciertas cosas.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Disponible en línea: <http://buscon.rae.es/draeI/> [7.11.2011]

Su diferencia radica, entonces, en que el *retiro* es la acción del oferente, orientada a impedir o evitar que la oferta llegue a ser efectiva, mientras la *revocación* es la anulación de los efectos de una oferta que ya es efectiva. En este sentido, el *retiro* se muestra como una acción *ex ante*, que busca truncar el nacimiento de los efectos de una oferta, mientras que la *revocatoria* es una acción *ex post* que busca dar por terminados los efectos ya vigentes de una oferta⁶⁵.

3.5.1. Retiro de la oferta

Formulada la precisión anterior, es preciso destacar que en ninguno de los ordenamientos nacionales de la CAN se hace distinción entre *retiro* y *revocatoria*. En este sentido, las normas nacionales únicamente contienen disposiciones específicas sobre la revocatoria de la oferta. Así las cosas, el tratamiento sobre el retiro de oferta es exclusivo de la normatividad internacional.

A este respecto, el art. 2.1.3.2 de los PCCI y el art. 15.2) indican con la misma redacción, que “*cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta*”. En este sentido, el oferente podrá impedir que la oferta una vez enviada surta efectos legales, a través de una nueva manifestación de voluntad (*retiro de la oferta*), siempre y cuando, la notificación el retiro sea recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

En este punto ya es evidente la razón por la cual la figura del *retiro* no existe en los ordenamientos jurídicos andinos. Lo anterior pues, el retiro de la oferta tiene sentido jurídico y práctico, únicamente, en los sistemas que acogen la teoría de la recepción como factor determinante para que la oferta surta efectos jurídicos. Esta circunstancia es de bulto pues, solo cuando se entiende que pueda existir un retiro de la oferta si, el destinatario recibe una comunicación que anuncia que la oferta

65 PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 108

(que no ha recibido o que recibió de forma concomitante) no posee efecto alguno. En todo caso, la determinación de si el retiro llegó antes o al mismo tiempo que la oferta, se convierte en un problema eminentemente probatorio en el proceso.

Es así como no tendría explicación alguna establecer la figura en estudio, en aquellos sistemas en los que los efectos de la oferta se producen en el mismo momento en que es enviada, por cuando, fácticamente, es imposible que pueda surgir una manifestación de voluntad antes o concomitante que permita el retiro.

En este mismo sentido, PERALES VISCASILLAS⁶⁶ explica, de forma clara, que *“no se trata de una disposición dirigida a la protección de las expectativas del destinatario, hecho de por sí imposible porque –al retirarse la oferta antes o al mismo tiempo de su llegada– no ha tenido la oportunidad material de llegar a conocerla y por tanto ninguna expectativa ha surgido en él”*. Esta circunstancia sustenta la aparente contradicción que se incorpora en los textos aludidos, pues en nada influye que la oferta sea de carácter revocable o irrevocable, si no ha surtido efecto alguno, pues el retiro de la misma llega antes o al mismo tiempo que la oferta.

Vale la pena, en este punto, destacar que el comentario oficial a los PCCI⁶⁷, indica que el retiro de la oferta es una razón para que en la práctica sea importante determinar el momento en que la oferta

66 PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 108

67 El texto original del comentario es: *“There is, however, a further reason why it may in practice be important to determine the moment at which the offer becomes effective. Indeed, up to that time the offeror is free to change its mind and to decide not to enter into the agreement at all, or to replace the original offer by a new one, irrespective of whether or not the original offer was intended to be irrevocable. The only condition is that the offeree is informed of the offeror’s altered intentions before or at the same time as the offeree is informed of the original offer. By expressly stating this, paragraph (2) of this Article makes it clear that a distinction is to be drawn between “withdrawal” and “revocation” of an offer: before an offer becomes effective it can always be withdrawn whereas the question of whether or not it may be revoked (see Article 2.1.4) arises only after that moment”*. UNIDROIT. Comentarios oficiales a los principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit. Art. 2.1.3. Disponible en línea: <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1> [6.11.2011]

se haga efectiva. En este sentido, hasta el momento en que ésta sea efectiva, el oferente es libre de cambiar de opinión y decidir no firmar el acuerdo, o incluso para sustituir la oferta original por una nueva, independientemente de si o no la oferta original estaba destinada a ser irrevocable. La única condición es que el destinatario sea informado de las intenciones del oferente antes o al mismo tiempo en que es informado de la oferta original⁶⁸.

3.5.2. Revocación de la oferta

El estudio sobre la fuerza vinculante u obligatoria de la oferta parte de la base que no existe una posición unánime sobre el particular, sino que, por el contrario los ordenamientos acogen diferentes posiciones o respuestas sobre la pregunta si el destinatario puede obligar al oferente a mantener el contenido de la misma, así el primero ya no quiera o no esté en condiciones de obligarse conforme al mismo. En términos generales, se han reconocido las siguientes corrientes teóricas⁶⁹:

68 La redacción del comentario expone que se requiere que “el destinatario sea informado (...)” antes o de manera concomitante del retiro. A este respecto, ha de entenderse que la expresión “sea informado” hace referencia exclusiva a la llegada o recibo de la comunicación de retiro, más no al conocimiento del destinatario de la misma. Lo anterior pues, si se pensará en que los Principios de Unidroit hacen referencia al conocimiento del destinatario implicaría cambiar el estándar o la teoría aplicable en los PCCI, esto es, que los efectos de la oferta se presentan con la cognición del mensaje por el destinatario. En igual sentido: OVIEDO ALBÁN, J. Instituciones jurídicas en procesos de integración y globalización: la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. *Vniversitas*. 2003. Disponible en línea: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/463-552.pdf [7.11.2011]

69 Sobre este particular: *Vid.* PLANIOL, M. & RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo sexto. Las obligaciones (Primera parte). Habana: Cultural S.A. 1936. Págs. 189; JOSSERAND, L. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. 1. Teoría general de las obligaciones. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América: Bosch y Cía. 1950. Págs. 41; ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Apéndice a la obra Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, Art. 145. 1955. Págs. 28, citado por OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit...* Op. Cit.; CLARO SOLAR, L. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Tomo undécimo. De las obligaciones II. Bogotá: Editorial jurídica de Chile: Editorial Temis S.A. 1992. Págs. 83; SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes- Cámara de comercio de Bogotá. 1996. Págs. 318.

i) La denominada *teoría francesa*, según la cual la oferta no obliga al oferente, por tratarse de una declaración unilateral de la cual no se deriva responsabilidad alguna, ni es transmisible de forma alguna a los herederos. Así pues, no se concibe que una voluntad pueda ligarse por sí misma, en otras palabras, no es posible que una persona se comprometa respecto a otro por una declaración unilateral de voluntad. Esta posición trae, principalmente, dos consecuencias jurídicas: *i)* la primera, que el contenido de la oferta no obliga al oferente, razón por la cual, puede revocarla en cualquier tiempo, si ningún tipo de responsabilidad y, *ii)* que, en caso de muerte del oferente, la oferta no se transmite a sus herederos.

ii) Por su parte, la *teoría alemana* propugna por la obligatoriedad de la oferta, en tanto la considera como una declaración de la voluntad negocial. En este sentido, la declaración de voluntad de una persona conlleva como efecto el crear para ésta un vínculo que lo obliga de forma autónoma. Como es natural, ante posiciones claramente opuestas, las consecuencias son opuestas a las planteadas en el numeral anterior, así: *i)* el oferente se ve obligado a mantener su propuesta (no podrá revocarla)⁷⁰ y, *ii)* la oferta se transmite a los herederos en caso de fallecimiento o incapacidad del creador⁷¹.

70 CLARO SOLAR explica el proceso de evolución normativa en torno a la revocabilidad de la oferta. Al respecto, indica que el código austríaco de 1811 fue el primero en consagrar la irrevocabilidad de la oferta, a partir del cual (artículo 862), la promesa verbal debía aceptarse dentro de las veinticuatro horas y en caso de estar ausente, en el doble del tiempo necesario para recibir la contestación, en el evento de no haberse fijado plazo para la aceptación por el proponente. En este código, que consagraba como estándar la teoría de la información, la oferta no podría ser retractada antes de la expiración del plazo fijado. Ahora bien, en el derecho inglés, la oferta se puede retirar hasta la aceptación. Así, si el oferente ha fijado un plazo determinado para la aceptación, a menos que no se halle ligado por un tiempo fijo. *Cfr.* CLARO SOLAR, L. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. T. XI. De las obligaciones II. Editorial Jurídica de Chile. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1992. pág. 83.

71 PERALES VISCASILLAS indica que “en los sistemas de *common law*, concretamente en el ordenamiento jurídico angloamericano, el principio general de revocabilidad se lleva

iii) Finalmente, se ha erigido una teoría *ecléctica* en la cual se defiende la revocabilidad de la oferta, reconociendo excepciones (p.e. al fijar un plazo).

Como es sabido, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina se inspiraron en los Códigos Civil y de Comercio Franceses, elaborados en la época de Napoleón, y que viajaron al continente gracias a Don Andrés Bello. A partir de lo anterior, de forma inicial, podría pensarse que las normatividades internas acogerían la teoría francesa, esto es, la defensa a ultranza de la revocabilidad de la oferta. Sin embargo, como se expondrá a continuación, en realidad, los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina se alejan mayoritariamente de la teoría francesa pura, orientándose hacia las teorías, ecléctica y alemana.

Desde esta perspectiva, en Bolivia, existe una dualidad de normas a estudiar. En primer término, el art. 458 del Código Civil de Bolivia (CCB)⁷² establece la posibilidad de que se revoque la oferta mientras la aceptación no sea de conocimiento del oferente, con lo cual se podría pensar que se acoge plenamente la *teoría francesa*.

Sin embargo, en el segundo inciso del mismo artículo, modula la posición inicial al reconocer que, si el destinatario, sin tener noticia de la revocación del aceptante, inicio de buena fe la ejecución del negocio, “*se hace beneficiario de la indemnización que debe reconocerle el oferente por los gastos y pérdidas sufridas*”. De acuerdo con este segundo

hasta sus últimas consecuencias al ser doctrina plenamente consolidada el que la oferta podrá ser revocada hasta la perfección del contrato (aun cuando la misma declare que es irrevocable), a menos que la indicación de irrevocabilidad cumpla determinados requisitos”. En oposición, en los sistemas de índole germánica, la regla general es la irrevocabilidad desde el momento de su emisión. *Cfr.* PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Págs. 110.

72 Artículo 458 del CCB.- Revocación de la oferta y de la aceptación. I. Mientras la aceptación no llegue a conocimiento del oferente, la oferta puede ser revocada. II. Pero cuando sin tener noticia de la revocación del aceptante hubiera comenzado de buena fe la ejecución del negocio, se hace beneficiario de la indemnización que debe reconocerle el oferente por los gastos y pérdidas sufridas.

inciso, se acoge en alguna medida la *teoría ecléctica*, en tanto, se permite la revocabilidad de la oferta, pero se obliga al oferente indemnizar o reconocer al destinatario los perjuicios, en un evento determinado.

Desde otra perspectiva, el inciso 2º del art. 826 del Código de Comercio de Bolivia (CCoB)⁷³ define claramente que la oferta una vez comunicada al destinatario, no podrá ser revocarla so pena de indemnizar los perjuicios que con ello se causen al destinatario (*teoría alemana*). De acuerdo con lo anterior, es válido afirmar que el ordenamiento de Bolivia no acoge de manera unánime una teoría específica, sino que, por el contrario, acoge una tendencia variada para reconocer la responsabilidad del oferente de pagar perjuicios en caso de revocación de la propuesta. Surge entonces la pregunta sobre cuál será entonces la norma aplicable, cuestión fácilmente solucionable a partir del principio de especialidad del derecho mercantil, según el cual, a un determinado acto o contrato comercial se le aplicará de manera preferente las normas mercantiles.

En Colombia, el art. 846 del Código de Comercio de Colombia (CCoC)⁷⁴, dispone “claramente” la obligatoriedad de la oferta, y en consecuencia, la irrevocabilidad de la misma. En otras palabras, en estos ordenamientos, la manifestación de voluntad (oferta) vincula a quien la formula, pues si se retracta de la misma debe indemnizar los perjuicios que se causen, aún si este no ha expresado su aceptación y, adicionalmente, en caso que la aceptación se hubiera expedido en

73 Art. 826 del CCoB.- Propuesta u oferta. La propuesta u oferta, o sea el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra, debe contener los elementos esenciales del negocio, el plazo de validez y ser comunicada al destinatario.

Una vez comunicada al destinatario, el proponente no puede revocarla o retractarse, bajo pena de indemnizar los perjuicios que con ello cause, al destinatario.

74 Art. 846 del CCoC.- La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.

La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

debida forma, el contrato se hubiera formado y el destinatario sería titular de las acciones y derechos contractuales por incumplimiento.

A pesar de la aparente claridad de la norma en cita en el ordenamiento colombiano, en la doctrina se ha dado pie a una discusión en torno al alcance de la misma. Al respecto, ARRUBLA PAUCAR sostiene que, a partir de una interpretación de contexto, la oferta es revocable, simplemente que la injusta revocación obliga al oferente a indemnizar los perjuicios⁷⁵. De igual forma, SUESCÚN MELO indica que la redacción de la norma no es afortunada, pues aunque establece la irrevocabilidad de la oferta, no es clara en entregar al destinatario la acción para demandar el cumplimiento de la oferta. Lo anterior, según la posición de SUESCÚN MELO, implica que el oferente tendría la posibilidad de revocar la oferta, siendo entonces responsable de los perjuicios que se causen al destinatario⁷⁶.

En una posición contraria, se encuentran NARVÁEZ GARCÍA⁷⁷ y OVIEDO ALBÁN⁷⁸, quienes exponen que el texto del Código es claro en afirmar que la oferta es irrevocable, circunstancia que sitúa a Colombia en la teoría alemana, a partir de la cual el destinatario que tiene la potestad de exigir el cumplimiento de la oferta y/o la indemnización de perjuicios por incumplimiento. En particular, NARVÁEZ GARCÍA indica que la Comisión redactora del Código consideró como “contradictoria e insostenible” la posición intermedia reinante en el código de comercio derogado, en la que se incorporaba la revocabilidad de la oferta, con reconocimiento de perjuicios en caso de causarlos. En palabras de la Comisión: *“si es exacto el principio de revocabilidad de la oferta no debe haber lugar a la indemnización de perjuicios, y si es injusto e injurídico dicho*

75 ARRUBLA PAUCAR, J.A. *Contratos mercantiles*. Medellín. Diké. 1995. Págs. 64.

76 SUESCÚN MELO, J. *Estudios de Derecho...* Op. Cit. Págs. 68.

77 NARVÁEZ GARCÍA, J.I. *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá. Temis. 2002. Págs. 121.

78 OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Págs. 77

*principio, entonces la obligación de indemnizar debe ser la consecuencia de no haber mantenido la propuesta, que es irrevocable a partir de su formulación*⁷⁹.

La posición dominante en Colombia, a partir de lo expresado también por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA⁸⁰, indica que la oferta “esto es, el “proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra” (artículo 845 del Código de Comercio), que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser **irrevocable**, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario, con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, ésta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos” (negrilla fuera del texto)

Ahora bien, en el caso del Ecuador, el art. 143 del CCoE acoge la tesis ecléctica al disponer que “el proponente puede arrepentirse en el tiempo que medie entre el envío de la propuesta y la aceptación, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo”. En este sentido, el art. 144 del mismo estatuto⁸¹, aclara que la retractación impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos y los daños y perjuicios que hubiere sufrido el destinatario y que, solo podrá exonerarse cumpliendo el contrato propuesto.

Finalmente, en el Perú, el art. 1382 del Código Civil del Perú (CCP)⁸², dispone, como regla general, la obligatoriedad de la oferta, y

79 Cfr. NARVÁEZ GARCÍA, J.I. *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá. Temis. 2002. Págs. 121.

80 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001. Expediente 5716. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

81 Artículo 144 del CCoE.- La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue dirigida la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar cumpliendo el contrato propuesto.

82 Artículo 1382 del CCP.- Eficacia de la oferta. La oferta obliga al oferente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza de la operación o de las circunstancias del caso.

en consecuencia, la irrevocabilidad de la misma. En otras palabras, la oferta vincula a quien la formula, pues si se retracta de la misma debe indemnizar los perjuicios que se causen, aún si este no ha expresado su aceptación y, adicionalmente, en caso que la aceptación se hubiera expedido en debida forma, el destinatario sería titular de las acciones y derechos contractuales por incumplimiento

Ha de recordarse en todo caso, como se explicó con anterioridad, que la eficacia de la oferta en el ordenamiento jurídico peruano se deriva de la recepción por parte del destinatario. Es así como, según las voces del art. 1384 del CCP⁸³, la oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación⁸⁴.

Ahora bien, en el marco de los elementos internacionales en estudio, tanto los Principios, en su art. 2.4., como la convención, en el art. 16, evocan una clara *teoría ecléctica* en la cual la oferta es revocable, siempre y cuando, la comunicación de la misma llegue al destinatario antes de la emisión de la aceptación. Estableciendo, en todo caso, las siguientes circunstancias de irrevocabilidad a saber:

i) Cuando la oferta indica que es irrevocable, siempre que se cumplan las siguientes condiciones⁸⁵:

83 Artículo 1384 del CCP.- Revocación de la oferta. La oferta deja de ser obligatoria si antes o simultáneamente con su recepción llega a conocimiento del destinatario la declaración del oferente en el sentido que puede revocarla en cualquier momento antes de su aceptación.

84 La disposición del aludido artículo 1384 del CCP, no regula un retiro de la oferta, sino que por el contrario establece, en cabeza del oferente, la posibilidad de indicar al destinatario que su oferta puede ser revocada en cualquier momento antes de su aceptación.

85 OVIEDO ALBÁN, describe un problema en la interpretación de este numeral que radica en establecer si, al haber señalado el oferente un plazo para la aceptación, está renunciando a la facultad de revocar. El origen de la discusión se encuentra en las diferencias existentes sobre el punto en algunos ordenamientos legales y en la doctrina. Así, en el derecho alemán una vez se ha fijado un plazo para la aceptación por parte del oferente, se entiende que la oferta es irrevocable, mientras en el common law la oferta es generalmente revocable. Ante la duda, la solución y última palabra la tendrán los

- Que sea señalado un plazo determinado para la aceptación.
 - Que así haya sido dado a entender de alguna otra manera, o bien expresamente.
- ii) Cuando el destinatario pueda razonablemente considerarla irrevocable y procede conforme a ello⁸⁶, esta última sustentada en la legítima confianza y expectativa que determinados comportamientos generan.

Es de anotar como en los casos citados, de los PCCI y la CISG, la revocación de la oferta requiere de su comunicación para alcanzar efectividad y que ésta llegue al destinatario antes de que se emita la aceptación.

A continuación, se presenta un cuadro en el cual se resume las posiciones o soluciones de cada uno de los ordenamientos jurídicos en estudio, en torno al tema del retiro y retractación de la oferta.

tribunales, tal como lo manifiesta PERALES VISCASILLAS, aunque la doctrina se orienta hacia la segunda de las posturas. OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 78 – 82.
86 CRUCILAEGUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional...* Op. Cit. Págs. 112-114

Figura 12.
Cuadro comparativo en relación al retiro y revocación de la oferta.

Criterio de Comparación	UNIDROIT	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Retiro de la oferta	PCCI	CISG	Art. 458 del CCB Art. 826 del CCoB	Art. 846 del CCoC	Art. 443 del CCoE	Art. 1385 del CCP
Revocatoria de la oferta	La oferta puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.	Teoría ecléctica. La oferta es revocable, siempre y cuando, la comunicación de la misma llega al destinatario antes de la emisión de la aceptación. En todo caso, establece circunstancias de irrevocabilidad de la oferta.	Desde la perspectiva civil, se acoge la teoría ecléctica, esto es, la revocabilidad de la oferta, pero se obliga al oferente indemnizar o reconocer al destinatario los perjuicios, en un evento determinado. En el ámbito mercantil, la oferta una vez comunicada al destinatario, no podrá ser revocada, so pena de indemnizar perjuicios	Ninguno de los ordenamientos jurídicos de la CAN, incorpora la posibilidad de retirar la oferta.	Tesis ecléctica. El proponente puede arrepentirse, salvo que al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o no disponer del objeto del contrato, sino después de transcurrido un determinado plazo. En todo caso, la retractación impone al proponente la obligación de indemnizar perjuicios.	La regla general es la obligatoriedad de la oferta (<i>teoría alemana</i>), pues si se retracta de la misma debe indemnizar los perjuicios que se causen

Fuente: Elaboración propia.

3.6. Conclusiones

Al interior de la Comunidad Andina se ha evidenciado la necesidad de armonizar o unificar la normativa respecto del entorno digital, así como, de identificar los elementos que favorezcan los procesos de integración normativa regional, de tal forma que se dote de seguridad jurídica a los actores de las relaciones electrónicas.

Sin embargo, estos procesos de armonización no pueden ser *endogámicos*, esto es, sustentarse únicamente en la realidad y el contexto de los países de la región. Por el contrario, el proceso debe guiarse hacia la solución de genuinas diferencias jurídicas con otros ordenamientos con los cuales se mantienen constantes relaciones comerciales, así como, con los elementos e instrumentos internacionales de referencia para los sistemas jurídicos andinos.

De acuerdo con lo anterior, la búsqueda de los elementos normativos que favorecen la armonización respecto de la oferta electrónica en la CAN, tienen en cuenta tanto los ordenamientos nacionales andinos, como los Principios Unidroit y la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional, elementos internacionales exitosos y de referencia. Ahora bien, los resultados del presente acápite se pueden presentar desde dos perspectivas: *i)* una general, relativa a las normas que regulan la oferta, sin importar cuál es el medio en el cual fluye la misma, por tanto, aquellas normas aplicables tanto a la oferta electrónica como a la tradicional y, *ii)* una específica, concerniente a las reglas aplicables de forma concreta o determinada al medio digital.

En torno a la primera de las perspectivas, es evidente la cercanía y similitud normativa en algunas materias entre los países de la CAN (Bolivia, Colombia y Ecuador), de tal forma que son evidentes algunos puntos de contacto o conexión cuyo incidencia sobre la armonización normativa se procede a evaluar.

Así pues, en primer lugar, se encontró que los países andinos reconocen de forma unánime la necesidad de que la oferta sea una propuesta completa de contrato, esto es, que determine la totalidad de elementos esenciales como requisito de existencia de la oferta. En otras palabras, no se predicará la existencia como oferta de una manifestación de la voluntad que no contenga la totalidad de elementos esenciales del contrato. Sin embargo, la interpretación estricta de la delimitación objetiva de la oferta que se aplica en la actualidad en los países de la Comunidad Andina no es acorde con la corriente que siguen los instrumentos internacionales (CISG y PCCI), según la cual únicamente es necesario que la oferta sea lo “*suficientemente precisa*”, erigiendo como elemento central o esencial de la propuesta, la intención de obligarse. Es así como se permite que en las propuestas de negocios se incluyan cláusulas abiertas, pero determinables, ya sea por un posterior acuerdo de las partes o por un tercero (p.e. contratos *open price*).

Adicionalmente, la posición restringida, exegética o literal de las normas sobre la determinación objetiva de la oferta en la CAN, no se muestra armónica con el principio de *supervivencia o preservación* de la voluntad y del negocio jurídico (*favor negotii*), entendida como la vocación de un ordenamiento jurídico de “salvar”, hasta donde sea posible, la voluntad expresada por las partes al celebrar cualquier negocio jurídico. Así las cosas, se considera pertinente la idea de favorecer la seguridad jurídica del tráfico mercantil incorporando una lectura más amplia del contenido de la oferta y, por tanto, omitiendo la sanción de inexistencia a las ofertas indeterminadas, esto es, en otras palabras, acogiendo como principal y verdadera fuente obligacional de la propuesta la intención del oferente de obligarse.

Se destaca en todo caso, que en los países de la CAN existen posiciones doctrinales que propugnan por entender que la existencia de criterios claros sobre la determinabilidad de los elementos esenciales

hace a la oferta lo suficientemente definida. De tal forma que acoger la postura más flexible que se sugiere no implica modificar los textos legales de los países miembros, sino que, por el contrario, se considera que basta con modificar o adaptar la interpretación que sobre los mismos se dan en sede judicial y arbitral.

Ahora bien, en relación al momento en que comienzan a surtir los efectos de la oferta, se evidencia una tendencia mayoritaria (Bolivia, Colombia y Ecuador) a acoger la *teoría de la expedición* como parámetro o estándar de solución a la cuestión de cuándo se entiende comunicada o exteriorizada una oferta. No obstante, a nivel internacional (junto con la normatividad del Perú), la tendencia es a guiarse a partir de la *teoría de la recepción*, en tanto, responde de mejor forma a las necesidades, usos y prácticas del comercio internacional.

En este sentido, se considera conveniente resolver la disparidad normativa a este respecto, acogiendo, con la modificación legal correspondiente, la teoría de la recepción como elementos determinante del momento en el cual comienza una oferta a surtir efectos jurídicos, teniendo como sustento la vocación de internacionalidad y de apoyo al tráfico mercantil, elementos que han de inspirar a los ordenamientos jurídicos nacionales en pos de la armonización de los diferentes sistemas.

Desde otro punto de comparación, aunque en la actualidad es justificada la inexistencia en los ordenamientos nacionales de la figura del *retiro de la oferta*, en el entendido que, como se explicó, la teoría que se aplica para determinar el comienzo de los efectos de la oferta, es mayoritariamente la de teoría de expedición, al contrario de lo que se evidencia en los instrumentos internacionales, en los cuales se acoge la teoría de la recepción. El acoger la propuesta de resolver la disparidad normativa a este respecto, incorporando en la totalidad de los ordenamientos andinos la teoría de la recepción, implicaría,

necesariamente, incluir la figura del *retiro de la oferta*, diferenciándola, como se hace en el entorno internacional, de la retractación.

De igual forma, en torno a la retractación se evidencia una división al interior de la Comunidad Andina, al punto que existen dos países (Colombia y Perú) que aplican la teoría alemana de irrevocabilidad de la oferta, y dos países (Bolivia y Ecuador) que acogen, a su modo, una teoría ecléctica. En el orden internacional, se propende por la revocabilidad como regla general, estableciendo, en todo caso, circunstancias de irrevocabilidad de la oferta, tal como se ha estudiado.

En torno a la segunda de las perspectivas, esto es, respecto de las disposiciones llamadas a regular las comunicaciones electrónicas en específico, el escenario de la armonización se muestra mucho más claro y favorable, obviamente, sustentado en la autoridad vinculante que se le reconoce a la LMCE de CNUDMI en el ámbito internacional.

En este sentido, es unánime a nivel andino el reconocimiento del *spam* como una mera invitación a contratar, esto es, sin que pueda ser considerado como una verdadera oferta, dada su carácter de indeterminación subjetiva (envío masivo a usuarios). Sin embargo, lo anterior no obsta para afirmar que, en todo caso, esta conducta se encuentra sujeta a las regulaciones sobre la publicidad contenida en los diferentes estatutos del consumidor.

De igual forma, es evidente que existen elementos concretos de uniformidad en tono al momento y lugar en el que se entiende enviado un mensaje de datos, en donde la mayoría de los ordenamientos andinos (Bolivia, Colombia y Ecuador) siguen la misma línea de pensamiento incorporada en la LMCE. Ahora bien, la inexistencia de una normativa específica en el Perú sobre la materia obliga al *agente jurídico* a acudir, como elemento de interpretación, a los instrumentos internacionales. En este sentido, el juez peruano, por ejemplo, al presentársele un caso en el que se debate si el destinatario recibió o no un mensaje de datos,

no encontrará normas (ni imperativas, ni dispositivas, ni supletivas) en su ordenamiento nacional, razón por la cual, a falta de acuerdo entre las partes, está llamado a incorporar por vía de referencia o de mecanismos de interpretación esos elementos extra-sistémicos como lo serán la LMCE o la CUCEC.

Finalmente, se destaca que las concretas diferencias conceptuales entre la CUCEC y al LMCE no afectan, de forma grave la armonización de las normativas, pues mantienen la misma esencia y, en la práctica, no se encuentra distinción relevante.

IV. LA ACEPTACIÓN

4.1. Consideraciones previas

El *contrato*, como institución jurídica, es el centro o el eje a partir del cual gira el derecho privado y se ha definido como la expresión por excelencia del principio de autonomía de la voluntad privada (PAVP), en tanto su existencia depende de la confluencia o concurrencia de dos o más voluntades destinadas a producir unos determinados efectos jurídicos.

En este sentido, y como manifestación por antonomasia del PAVP, es válido establecer que el nacimiento a la vida jurídica del contrato, es precedido del cruce o intercambio de propuestas de negocio (ofertas y contraofertas) que culmina con una aceptación, con la cual se perfecciona, finalmente, el acuerdo de voluntades obligacionales de las partes y dan lugar a la existencia del contrato¹.

Así pues, la *formación progresiva del contrato* inicia con la oferta, manifestación originaria de voluntad con la cual se formulan las condiciones del contrato pretendido y, culmina con la *aceptación*, esto es, la respuesta positiva a la oferta. En este sentido, la *aceptación* es la cara opuesta de la oferta respecto del proceso de formación del contrato, y ha de entenderse como la manifestación unilateral de voluntad del

¹ A modo de referencia, el Art. 2.1.1. de los PCCI de Unidroit expresa que: “*El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*”. Así mismo, el Art. 23 de la CISG indica que: “*El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención*”.

destinatario por medio de la cual se comunica su conformidad con los términos contenidos en la oferta².

Así las cosas, la aceptación exterioriza la intención del destinatario de la oferta de formar un contrato, el cual estará regido o se sujetará a los términos de la oferta³. Es por esta razón que la aceptación constituye un momento fundamental en la formación del consentimiento requerido para el contrato puesto que traduce una concurrencia de voluntades (la del oferente y la del aceptante)⁴.

Es evidente, entonces, que el efecto jurídico propio de la aceptación es el perfeccionamiento del contrato propuesto, conforme a las condiciones establecidas en la oferta⁵. En este sentido, la aceptación

- 2 Desde la perspectiva internacional, DIEZ PICAZO expone que aceptación es: *“aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con ésta”*. Cfr. DIEZ PICAZO, L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. Madrid. Vol I. Civitas Ediciones. 1996. Pág. 305. De igual forma, para GALGANO la aceptación es: *“la declaración de voluntad que el destinatario de la oferta dirige al oferente y mediante la cual se concluye el contrato”*. GALGANO, F. El Negocio Jurídico. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1992. Pág. 145. En igual sentido, LALAGUNA indica que: *“La aceptación de la oferta es la declaración de voluntad por la que la persona a la que se ha hecho la propuesta de contrato da su conformidad a ésta”*. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Valencia. Tirant lo Blanch. 2 Ed. 1993. Pág. 128. Finalmente, FERRI señala que la aceptación: *“es la declaración de voluntad que el destinatario de la oferta dirige al oferente y mediante el cual se concluye el contrato”*. FERRI, L. La Autonomía Privada. Granada. Comares. 2001. Pág. 145.
- 3 SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE exponen que *“Partiendo del principio de que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, el artículo 54.1 del C. de c. en su nueva redacción (...) declara que “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”*”. SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.S. *instituciones de Derecho mercantil. Volumen II*. 34ª Edición. Thompson Reuters. Aranzadi. 2011. Págs.194
- 4 Vid. JARAMILLO VARGAS, J.A. MARTÍNEZ GRANADOS, A.M. Formación del contrato en la... Op. Cit.; PINOCHET OLAVE, R. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica. ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes? Revista Ius et Praxis. No. 11. Vol. 1. Págs. 55 – 92. 2005. Disponible en línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100004&script=sci_arttext [13.11.2011]
- 5 SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá. Universidad de los Andes- Cámara de comercio de Bogotá. 1996. Pág. 352; OSPINA

incorpora necesariamente un elemento subjetivo relativo a la intención del destinatario de la oferta de obligarse conforme a la misma. En otras palabras, solo se considerara aceptación aquellos actos que demuestren la voluntad del destinatario de obligarse.

Sin embargo, al entender que la aceptación ha de reflejar un elemento subjetivo relativo a la intención de obligarse, es evidente que pueden existir “casos difíciles” en los cuales sea oscura la intención del destinatario de la oferta de obligarse o no. En estos casos, el proceso de calificación sobre si una determinada expresión de voluntad encierra o no la intención de obligarse por parte del destinatario, dependerá de los elementos, circunstancias y las prácticas concretas de cada relación jurídica⁶.

Corresponde, entonces, al juez del contrato (sea un juez nacional o un tribunal arbitral, nacional o internacional) decidir si de acuerdo con los criterios de razonabilidad se puede deducir la intención de obligarse. En principio, por ejemplo, es válido negar la calidad de *aceptación* a los acuses de recibo⁷, a

FERNÁNDEZ, G. & OSPINA FERNÁNDEZ, E. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá. Temis. 1994. Pág. 162.

6 OVIEDO ALBÁN, J. *Instituciones jurídicas en procesos...* Op. Cit. Págs. 516.

7 En la Comunidad Andina, la mayoría de las leyes de comercio electrónico indican que los acuses de recibo, por sí solos, no generan efectos jurídicos distintos de los relativos a la recepción de un mensaje de datos. A continuación, se encuentran las disposiciones pertinentes:

Art. 25. III de la LCEB. Salvo en lo que se refiere al envío o recepción del mensaje de datos, el presente artículo no obedece al propósito de registrar las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de ese mensaje de datos o de su acuse de recibo

Art. 22 de la LCEC. Efectos jurídicos. Los artículos 20 y 21 (que versan sobre el acuse de recibo y la presunción de recibo de un mensaje de datos) únicamente rigen los efectos relacionados con el acuse de recibo. Las consecuencias jurídicas del mensaje de datos se registrarán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos.

Inc. 2 del Art. 46 de la LCEE. La recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

Inc. 2 del Art. 1374 del CCP, modificado por el Art. 1 de la LCEP. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Desde la perspectiva internacional: Art. 11.1 de la LMCE. En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por

menos que en éstos se añada algo más que dé a entender que el contrato se ha perfeccionado⁸.

Ahora bien, como se ha venido explicando, tanto los ordenamientos nacionales andinos como los referentes internacionales concuerdan en afirmar que, en principio, ninguna norma impide que las manifestaciones de voluntad que se realicen en el proceso de formación de los contratos se expresen o “viajen” en medios electrónicos. Se admite, en todo caso, como excepción la posibilidad de que, en determinados casos, el contrato electrónico internacional se someta a las formalidades que señalen las partes, el derecho nacional o los tratados internacionales.

Al igual que se estudió con la oferta, aunque la aceptación, como elemento necesario en la formación de los contratos, es unánimemente reconocido tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en los referentes internacionales, existen características o tratamientos diferenciales en algunos aspectos relevantes que merecen un especial análisis comparativo.

Es así como el objeto propio del presente capítulo es definir los elementos normativos que favorezcan la armonización en la región en torno a la aceptación, a partir de un estudio sobre los elementos de mayor relevancia en relación a la aceptación tanto en los países miembros de la CAN como en algunos referentes internacionales.

medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos.

Art. 12 de CUCEC. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos.

- 8 PERALES VISCASILLAS, M. P. *El contrato de compraventa internacional...* Op. Cit. En igual sentido, DÍEZ PICAZO explica que “No constituyen aceptación en sentido técnico las manifestaciones realizadas por el destinatario de la oferta que no incorporen la voluntad contractual, aun cuando en ella son haya rechazo de la oferta. No constituyen, por tanto, aceptación los meros acuses de recibo de la oferta. No del interés que ella pueda haber despertado en el destinatario cualquier otra comunicación que signifique que continúa abierto el período de negociación”. DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos...* Op. Cit. Pág. 306.

4.2. Modos de la aceptación

La aceptación, como se mencionó, se entiende como la expresión o manifestación de voluntad del destinatario de una oferta, en la cual se expresa su intención de obligarse conforme a los términos de la misma. Sin embargo, la aceptación se encuentra a su vez cobijada por la libertad de forma (*principio de consensualidad*), lo cual implica que, de forma inicial, no existe limitación alguna que imponga un medio en particular por la cual ha de viajar la aceptación.

En este sentido, si la ley no menciona cuáles son los medios adecuados para dar a conocer una oferta, elemento de consensualidad que da cabida a la *oferta electrónica*, tampoco expone ni limita en forma alguna el o los medios por los cuales puede darse la aceptación, con lo cual se abre paso a una verdadera y total *formación electrónica del contrato*⁹.

Es tradicional clasificar la aceptación según la forma en que se manifiesta¹⁰, esto es si se trata de una aceptación *expresa* o *tácita*. A continuación, se estudiarán cada una de las modalidades de aceptación:

4.2.1. Aceptación expresa

La primera, es aquella en la cual el destinatario realiza una declaración o expresión de voluntad directa de conformidad con los términos de la oferta. En este caso, la declaración de aceptación puede ser “*escrita (carta, telegrama, télex, fax, correo electrónico, e-mail, etc.) u oral (estando las partes presentes o por teléfono, radio, etc.)*”¹¹.

9 CUBIDES CAMACHO J.; CUBIDES DELGADO J. *Obligaciones...* Op. Cit. Pág. 205.

10 Así como la institución contractual, puede ser caracterizada desde distintos criterios, a partir de los cuales se *clasifica el contrato*, sin que ello implique que existen diferentes contratos, sino que el contrato como unidad, reviste diversos elementos o características diferentes. Esto mismo, se predica de la aceptación, esto es, que sin romper la unidad de la *aceptación*, pueden identificarse diferentes criterios de clasificación. En el presente acápite se hace referencia exclusiva a uno de ellos.

11 PERALES VISCASILLAS, M. P. *El contrato de compraventa internacional...* Op. Cit.

Sobre este punto, los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina, reconocen de forma expresa la posibilidad de que tanto la aceptación, como los demás actos del contrato, “fluyan” o “viajen” en entornos electrónicos (Art. 28 de la LCEB¹², Art. 14 de la LCEC¹³, Art. 45 de la LCEE¹⁴ y Art. Artículo 141 del CCP modificado por el Art. 1 de la LCEP¹⁵). En todo caso, las disposiciones consagran la posibilidad de que las partes, en ejercicio de su poder de disposición del contrato, pacten o acuerden algo distinto, esto es, que no se reconocerá validez o eficacia alguna a las comunicaciones electrónicas.

De igual forma, es preciso, con el fin de que la aceptación surta plenos efectos, esto es, para que se dé la formación del contrato que ésta, la aceptación, cumpla con el término de vigencia de la oferta, esto es, del plazo que tiene el destinatario de la oferta para aceptar.

La regla general, tanto en los ordenamientos nacionales como en los instrumentos internacionales, indica que el oferente puede, dentro de su oferta, determinar el periodo de vigencia de la misma¹⁶. Sin embargo, en caso de no haber sido incorporado, los ordenamientos establecen, a través de leyes supletivas, respuestas claramente diferentes, como se evidencian en el siguiente cuadro:

- 12 Art. 28 de la LCEB. Formación del contrato. En el marco de lo determinado por los artículos 455 y 462 del Código Civil y artículo 816 del Código de Comercio, si las partes no convinieran otra cosa, la oferta, contraoferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de mensajes de datos.
- 13 Art. 14 de la LCEC. Formación y validez de los contratos. En la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.
- 14 Artículo 45 de la LCEE. Validez de los Contratos Electrónicos. Los contratos podrán ser instrumentados mediante mensajes de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.
- 15 Artículo 141 del CCP modificado por el Art. 1 de la LCEP. Manifestación de voluntad. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.
- 16 De manera expresa el art. 853 del CCoC dispone que: “Las partes podrán fijar plazos distintos a la aceptación o rechazo de la propuesta o ésta contenerlos”.

Figura 13.
Tabla comparativa de normas supletivas sobre el plazo para manifestar la aceptación

Criterio de Comparación	UNIDROIT	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	PCCI	CISG	CCB, CCoB, CPCB	CCoC	CCoE	CCP
Oferta formulada verbalmente	Los arts. 2.17 de los PCCI y 18.2 de la CISG establecen expresamente que una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente , a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.		El ordenamiento de Bolivia no incorpora disposición expresa sobre la oferta verbal.	El art. 850 del CCoC expresa que la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse.	El ordenamiento del Ecuador no incorpora disposición expresa sobre la oferta verbal.	El artículo 1375 del CCP indica que la aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él .
Oferta formulada por escrito	Los aludidos arts. 2.17 de los PCCI y 18.2 de la CISG indican que si no se hubiere fijado plazo, la oferta por escrito deberá aceptarse dentro del que sea razonable , teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente.	El Art. 828 del CCoB, en concordancia con el art. 385 del Código de Procedimiento Civil, dispone que las propuestas por escrito, deben ser aceptadas o rechazadas: 1) Si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente, dentro de los DIEZ días siguientes 2) Si reside en lugar distinto, se agregará el término de la distancia. Igualmente, es preciso resaltar que el art. 455-II del CCB indica que el oferente debe recibir la aceptación bajo la forma y en el término que hubiese establecido o que sean corrientes según los usos o la naturaleza del negocio.	El art. 851 del CCoC, igualmente indica que cuando la propuesta se haga por escrito deberá ser aceptada o rechazada: 1) Si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente, dentro de los SEIS días siguientes 2) Si reside en lugar distinto, se agregará el término de la distancia ¹ .	El art. 142 del CCoE dispone que la propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada: 1) Si las partes residen en la misma plaza dentro de las 24 HORAS 2) Si reside en lugar distinto, a vuelta del primer correo que salga después de las veinticuatro horas de recibida la propuesta.		

¹ El art. 852 del CCoC, indica que “el término de la distancia se calculará según el medio de comunicación empleado por el proponente”.

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Criterio de Comparación	UNIDROIT	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	PCCI	CISG	CCB, CCoB, CPCB	CCoC	CCoE	CCP
<p>Los artículos 2.1.9 de los PCCI y 21 de la CISG indican que, por regla general, la aceptación tardía no producirá efectos, esto es, no se formará el contrato. Sin embargo, exigen una excepción al indicar que “la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido”.</p> <p>Igualmente, los aludidos artículos exponen que: “Si la comunicación indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado”.</p> <p>La aceptación tardía</p>	<p>El ordenamiento de Bolivia no incorpora disposición expresa sobre la aceptación tardía.</p>	<p>El art. 855 del CCoC indica que La aceptación extemporánea será considerada como nueva propuesta.</p>	<p>El art. 142 del CCoE sostiene que si llegará aceptación tardía, ésta se tendrá por no hecha, y el proponente deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposición.</p>	<p>El art. 1376 del CCP expone que la aceptación tardía equivale a una contraoferta</p>		

Fuente: Elaboración propia.

Así las cosas, es palmaria la disparidad de respuestas a las cuales está sometida una oferta, en cuanto a su vigencia. Al interior de la Comunidad Andina, se evidencia que la mayoría de los países (Bolivia, Colombia y Ecuador) establecen un tiempo de respuesta completamente arbitrario, sin que se muestren iguales, o cuando menos similares entre ellos de forma alguna. Adicionalmente, en Bolivia, se evidencia una dualidad de normas (civiles y comerciales) que acogen principios o respuestas diferentes. En este punto, por ejemplo se resalta, que la opción acogida por el ordenamiento civil boliviano se muestra mucho más acorde con el panorama internacional.

Por otra parte, Perú no incluye respuesta alguna sino que, por el contrario, su normativa se limita a indicar que la aceptación deberá llegar al conocimiento del oferente en el plazo establecido por éste (oferente). De acuerdo con lo anterior, se considera que la vigencia, en este caso, es un elemento esencial de la oferta, esto es, que si en la misma no se establece un plazo para que el destinatario acepte, ésta, la oferta, no nace a la vida jurídica.

De igual forma, es evidente que casi la totalidad de las respuestas normativas de los ordenamientos andinos distan o se alejan sustancialmente de la normatividad internacional. En este sentido, tanto los Principios de Unidroit, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, coinciden en acoger un concepto mucho más *subjetivo*, enmarcado en el término “razonable”, a partir del cual el agente jurídico deberá tener en cuenta un abanico de elementos (p.e. las circunstancias de transacción, la complejidad de la transacción, las circunstancias geográficas, los medios de comunicación empleados, entre otros¹⁷) a efectos de juzgar si la aceptación fue recibida en tiempo o no.

Ahora bien, no solo los tiempos o criterios para definir la vigencia de la oferta son diferenciados, sino que, la sanción o el efecto de la

17 Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 124

aceptación tardía se evidencian absolutamente disimiles. Así pues, mientras en Colombia y Perú ésta, la aceptación tardía, se considera una nueva oferta, en Ecuador, la aceptación se tiene por no surtida, pero adicionalmente se obliga al oferente a comunicar al aceptante dicha situación¹⁸. Se destaca, adicionalmente, que en el entorno internacional, se plantean algunos “salvavidas” o circunstancias en las cuales, a pesar de ser extemporánea la aceptación, efectivamente se permite la formación del contrato, con el fin de dotar de flexibilidad a las normas que pretenden regular el tráfico comercial.

4.2.2. Aceptación tácita

La aceptación tácita, en oposición a la aceptación expresa, no parte de una comunicación al oferente, sino que se sustenta en la realización por parte del destinatario de actos que denoten el cumplimiento del contrato y de los cuales se infiere el asentimiento de la oferta. En este caso, la aceptación se soporta en la idea de que no solo las comunicaciones orales o escritas, exteriorizan la voluntad de una persona (natural o jurídica), sino que ésta, su voluntad, puede inferirse de uno o más actos concretos dirigidos a tal fin (*facta concludentia*)¹⁹.

En este sentido, ha de diferenciarse la aceptación tácita, de aquella derivada del mero silencio o inacción. La primera, hace referencia a uno o más actos concretos o específicos que, sin expresar de forma directa

18 Surge en este punto la pregunta respecto de cuál es el efecto jurídico de que el ofertante no comunique al aceptante de la extemporaneidad de la aceptación. Al respecto, consideramos aplicable las palabras de PERALES VISCASILLAS al afirmar que: “*Si la respuesta a la oferta llega más tarde del tiempo fijado por el oferente, en principio, no vale como aceptación y la oferta se entiende caducada. Por otro lado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.2 [de los PCCI]), el oferente es libre en todo momento de prorrogar el plazo de vida de la oferta ya previa petición del destinatario, ya por iniciativa propia (por ejemplo, guardando silencio ante una aceptación tardía del tipo descrito en el Artículo 2.9(2), en cuyo caso más que una prórroga de la vida de oferta, lo que sucede es una convalidación de una aceptación tardía en un contrato eficaz) (...)*” (negrilla fuera del texto). PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op.Cit. Pág. 123. Así pues, se considera que en el evento en que un oferente no comunique al aceptante lo extemporáneo de la aceptación, como lo exige el ordenamiento ecuatoriano, estará **convalidando la aceptación tardía, esto es, manifestando con su inacción o silencio la formación del contrato.**

19 Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 117.

la aquiescencia del destinatario de la oferta, infieren razonablemente su intención de obligarse conforme a la oferta. La segunda, por el contrario, implica la formación del contrato con la comunicación de la oferta y sin que el destinatario desarrolle o lleve a cabo ninguna otra acción.

Sobre este particular, OVIEDO ALBÁN expresa que la aquiescencia tácita implica la realización de “*hechos inequívocos*” de ejecución contractual, consistentes en actos o conductas que dan a entender que se han aceptado la celebración del contrato propuesto, por ejemplo, la ejecución de alguna de las obligaciones contractuales o actos por medio de los cuáles se perciba que una de las partes está tomando medidas preparativas conducentes a ello²⁰.

Respecto de la aceptación tardía, es preciso advertir que la mayoría de los ordenamientos de la CAN²¹ reconocen, normativamente, la posibilidad de que el contrato se forme mediante la aceptación tácita del beneficiario, lo cual, en principio, es una posición favorable a la finalidad de armonización²². Sin embargo, las condiciones en las cuales se reconocen difieren en algunos sentidos.

En particular, Bolivia²³ y Perú²⁴ restringen la procedencia de la aceptación tácita cuándo ello sea procedente “*de acuerdo a los usos o a la*

20 Cfr. OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Pág. 91.

21 Es de anotar que el ordenamiento del Ecuador no incorpora referencia normativa alguna sobre la aceptación tácita.

22 Los Códigos Civil y de Comercio del Ecuador no hacen referencia alguna a la aceptación tácita, por el contrario, la redacción del art. 145 del CCoE podría no dar cabida a la misma, al expresar que: “*Dada la contestación, si en ella se aprobare pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse la respuesta ocurra la retractación, muerte o incapacidad legal del proponente(...)*”.

23 Inc. 2 del art. 455 del CCB. El oferente debe recibir la aceptación bajo la forma y en el término que hubiese establecido o que sean corrientes según los usos o la naturaleza del negocio.

Art. 457 del CCB. Si de acuerdo a los usos o a la naturaleza del negocio o por solicitud del oferente, la prestación ha de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato se forma en el momento y lugar en que ha comenzado la ejecución, con cargo de darse a la otra parte aviso inmediato de que se ha iniciado la ejecución, debiendo en caso contrario resarcir el daño.

24 Art. 1380 del CCP. Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución.

naturaleza del negocio o por solicitud del oferente, la prestación ha de ejecutarse sin respuesta previa". En este sentido, para los ordenamientos en estudio, en principio, no todos los contratos son susceptibles de ser aceptados de forma tácita, salvo que se pueda demostrar alguno de los eventos o condiciones anteriores.

Así mismo, en la normatividad de Bolivia y Perú se contempla, en todo caso, la obligación al destinatario de dar *aviso* del inicio de la ejecución del contrato, so pena de indemnizar los perjuicios²⁵. Es evidente que en estos ordenamientos, la normatividad restringe la aceptación tácita de la oferta, o lo que es igual, se da especial preponderancia a la aceptación expresa.

Desde la perspectiva del derecho colombiano, el art. 854 del CCoC²⁶ expone de manera genérica que la aceptación tácita produce los mismo efectos que la expresa, bajo el supuesto que el oferente tenga conocimiento de los hechos o actos constitutivos de la aceptación de manera oportuna (esto es, dentro de los plazos fijados para cada una de las modalidades de la oferta, esto es, si es verbal, escrita o con plazo acordado). En este sentido, la norma colombiana es más amplia, en tanto no restringe la aplicación de la aceptación tácita al cumplimiento de presupuesto alguno, ni a determinados tipos de contratos, como se mencionó en el caso boliviano y peruano.

El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 242 del CCoP. Aceptación tácita del comisionista. Se entenderá aceptada la comisión, siempre que el comisionista ejecute alguna gestión, en el desempeño del cargo que le hizo el comitente, que no se limite a la determinada en el párrafo segundo del artículo anterior [comunicar la negativa de recibir el encargo y la custodia y conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta la designación de un nuevo comisionista]

25 En este punto difieren un poco los dos ordenamientos, pues la normatividad boliviana exige un aviso inmediato, mientras la norma peruana hace referencia a un aviso pronto, al oferente.

26 Art. 854 del CCoC. La aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso.

De igual forma, se muestra más abierta la redacción de la norma colombiana, frente a las estudiadas, en el sentido que no impone la carga al destinatario de dar aviso de los hechos, sino que, se limita a exigir que el oferente *tenga conocimiento oportuno*. Lo anterior se muestra relevante en el entendido que el conocimiento oportuno del oferente puede derivarse de una fuente diferente al aviso del aceptante, con lo cual se impide que, eventualmente, el oferente se ampare en el no recibo del aviso de notificación como excusa de su incumplimiento.

Ahora bien, en el entorno internacional, tanto los Principios de Unidroit (art. 2.1.6.3²⁷) como la CISG (art. 18.3²⁸), concuerdan en reconocer que, si *“en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos”*, se infiere que el destinatario manifestó su asentimiento mediante actos de ejecución del contrato, no se negarán efectos a dicha situación, siempre y cuando los mismo sean oportunos, aún sin notificación al oferente.

Al respecto, un TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC evaluó el siguiente caso:

- La disputa se presentaba entre una empresa inglesa y una italiana por un contrato de compraventa de combustible, en el cual expresamente establecía que la legislación italiana era la ley del contrato.
- El art. 834 del Código de procedimiento civil italiano, establece que en un arbitraje internacional, el Tribunal de Arbitraje tiene

27 Art. 2.1.6.3 de los PCCI. No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

28 Art. 18.3. de la CISG. No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

la obligación de tener en cuenta los términos del contrato y los usos comerciales.

- Así pues, el Tribunal Arbitral se refirió repetidamente a los Principios de UNIDROIT, como un parámetro de los principios y usos del comercio internacional, con el fin de demostrar que las soluciones previstas por la ley italiana están en conformidad con las normas internacionales.
- Sobre la aceptación expone que el contrato se perfecciona mediante la aceptación de la oferta, si con el comportamiento de las partes es posible demostrar con certeza suficiente que se ha llegado a un acuerdo, ya sea con una declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento es la aceptación²⁹.

De igual forma, la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE ARGENTINA al estudiar el caso de Inta S.A. *vs.* MCS Oficina Mecánica S.p.A.³⁰, expresó que, de conformidad con el art. 18 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, una declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirán aceptación. En este sentido, la CISG establece que el destinatario puede indicar su aceptación mediante la ejecución de un acto como el envío de la mercancía o el pago del precio, sin comunicación con el oferente, si así se establece por la oferta, por la práctica previa de las partes o por la costumbre,

29 Textualmente, el laudo afirma que: “(...) *il contratto può essere concluso sia con l'accettazione dell'offerta, sia con un comportamento delle parti che dimostri con sufficiente certezza il raggiungimento dell'accordo (art. 2.1)*”. TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC. *Laudo del 4 de diciembre de 1996*. Rome. Recopilado en: *Il Diritto del commercio internazionale*, 1999, 465-474. Disponible en línea: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=631> [14.11.2011]

30 CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE ARGENTINA. *Sentencia del 14 de octubre de 1993*. Inta S.A. v. MCS Oficina Mecánica S.p.A. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931014a1.html> [14.11.2011]

y que la aceptación se lleva a cabo en el momento en que se realice el acto de aceptación³¹.

En ese caso en concreto, la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE ARGENTINA evidenció que el comprador firmó una serie de documentos con el fin de obtener un crédito para pagar por la mercancía, lo que puede ser considerado como una aceptación tácita de las condiciones de la oferta del contrato³².

Ahora bien, para CRUCILAEGUI, la regla general para la aceptación (expresa o tácita) es ser comunicada al oferente, pues de otro modo no producirá efectos. Es así como el autor, destaca que lo dispuesto específicamente en el art. 18.3 de la Convención, en relación a la no notificación al oferente, ha de tratarse como una excepción con interpretación restrictiva, no aplicable a todas las situaciones negociales³³.

31 Esta misma posición es sostenida por la COMISIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO al afirmar que: *"A juicio de esta Comisión y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena, Austria, el 11 de abril de 1989 (en lo sucesivo y por brevedad "La Convención de Viena") de la cual los gobiernos tanto de la República Mexicana, como de la República Argentina, firmaron el instrumento de adhesión respectivo, la relación contractual de las partes quedó acreditada con el escrito de contestación de "LANIN", ya que en el mismo manifiesta que acordó con "la quejosa" que ésta abriría una carta de crédito a su favor para que por su conducto se pagaran las mercancías al proveedor chileno. Además, en diversos documentos que exhibieron ambas partes, relativos a la instrumentación de la carta de crédito con la cual "la quejosa" pagó las mercancías, aparece como beneficiario del crédito "LANIN".*" COMISIÓN PARE LA PROTECCIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO. Sentencia del 29 de abril de 1996. Conservas La Costeña S.A. de C.V. v. Lanín San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A. M/21/95. Argentina. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> [14.11.2011]

32 Sobre este particular: Vid. DiMATTEO, L.A.; DHOOGHE, L.; GREENE, S.; MAURER, V.; PAGNATTARO, M. *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*. Northwestern University School of Law. 34 Northwestern Journal of International Law and Business. 2004. Págs. 299-440. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html#iii> [14.11.2011]

33 Cfr. CRUCILAEGUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (España). Thomson. Civitas. 2005. Pág. 116

Desde otra perspectiva, es preciso anotar que casi todos los ordenamientos nacionales, así como los referentes internacionales en estudio, coinciden, como regla general, en negar efectos jurídicos a la simple inacción o silencio del destinatario como aceptación³⁴. No obstante, se identifican situaciones excepcionales como las siguientes:

- En Bolivia, el art. 460 del CCB, expone que el silencio puede constituir una manifestación de voluntad si los usos o las circunstancias lo autorizan y si el contrato o la ley no expresan lo contrario.
- De igual forma, el art. 830 del CCoB indica que el pedido se considera aceptado por el vendedor si éste, dentro de los diez días siguientes a su recepción no lo rechaza u objeta.
- En Colombia, el art. 2151 del CCC, presume que el silencio es aceptación en el caso del contrato de mandato, frente a las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos.
- Para PERALES VISCASILLAS³⁵, en el marco de los PCCI el silencio puede ser válido como aceptación, si se deriva de un acuerdo expreso de las parte (art. 1.1), de los usos o prácticas establecidas (art. 1.8), o cuando otros preceptos lo reconozcan de esa manera (art. 2.22 (2) y art. 2.9 (1)).

34 Algunos de los casos en que la jurisprudencia relacionada con la CISG, ha indicado que el silencio y la inactividad no es suficiente para considerarse aceptación: Vid. RECHTBANK ROTTERDAM. Sentencia del 31 de marzo de 2010. Netherlands. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100331n1.html> [14.11.2011]; U.S. DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. Sentencia del 14 de abril de 1992. Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html> [14.11.2011].

35 PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 118. En igual sentido, OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas)*. Vniversitas. Pontifica Universidad Javeriana. 96. 1999. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlbán1.html#8> [14.11.2011]

- Igualmente, CRUCILAEGUI³⁶ expone como, en algunos casos respecto de la CISG, se ha interpretado excesivamente el silencio como aceptación, a la luz del principio de buena fe, de los usos del sector o de las prácticas de las partes, a tal punto que el autor sugiere al destinatario contestar, así sea en forma negativa o dilatoria, para no dejar su silencio al arbitrio del juez.

A partir de lo anterior, se evidencia que el reconocimiento de la aceptación tácita es un elemento más o menos armónico en los ordenamientos de la Comunidad Andina y frente a los instrumentos de carácter internacional en estudio, lo que se muestra como un elemento claramente favorable en la vocación de internacionalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Sin embargo, la aceptación del silencio como declaración de voluntad, es todavía un elemento controvertible y de disímil tratamiento en la normatividad y la doctrina.

4.3. Contenido de la aceptación

La doctrina tradicional implementada tanto en el *common law* y en el derecho continental respecto del contenido de la aceptación en la formación del contrato se guía por la denominada *regla del espejo (mirror image rule)* según la cual la aceptación debe ser un reflejo de la oferta en el espejo, esto es, sin adicionar, modificar, matizar o exceptuar condición alguna, so pena de entenderse rechazada la oferta inicial y de entender esta, la aceptación modificativa, como una nueva oferta (contraoferta)³⁷.

Es precisamente esta concepción teórica la que es incorporada, de forma estricta, en los ordenamientos jurídicos de la Comunidad

36 CRUCILAEGUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (España). Thomson. Civitas. 2005. Pág. 116

37 PERALES VISCASILLAS, M. *El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2001. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ci> [14.11.2011]

Andina. Lo anterior es evidente si se revisan los arts. 456 del CCB³⁸, 855 del CCoC³⁹, 145 del CCoE⁴⁰, 1375 y 1376 del CCP⁴¹, según los cuales la aceptación condicionada, en cualquier sentido, es considerada como una nueva propuesta.

Sin embargo, esta tradicional regla ha venido siendo matizada o restringida en los diferentes escenarios jurídicos⁴². En el ámbito angloamericano, se restringe su aplicación al *common law tradicional*, en el evento en que no se disponga de ningún tipo de intercambio de formularios pues, en caso contrario, será aplicable la sección 2-207 del *Uniform Commercial Code (UCC)*, según el cual una expresión definitiva de aceptación o una confirmación escrita enviada en un término razonable opera como una aceptación aunque incluya términos adicionales o diferentes a los de la oferta inicial, a menos que en la aceptación se exprese la condición de que se acepten las nuevas disposiciones⁴³.

38 Art. 456 del CCB. La aceptación que introduce modificaciones en la oferta, se considera como nueva oferta.

39 Art. 855 del CCoC. La aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta.

40 Art. 145 del CCoE. Dada la contestación, si en ella se aprobaré pura y simplemente la propuesta, el contrato queda en el acto perfeccionado y surte todos sus efectos legales, a no ser que antes de darse respuesta ocurra la retractación muerte o incapacidad legal del proponente; salvo lo dispuesto antes sobre indemnización de gastos, daños y perjuicios.

41 Art. 1375 del CCP. La aceptación debe llegar a conocimiento del oferente dentro del plazo establecido por él.

Art. 1376 del CCP. La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta. Sin embargo, el oferente puede considerar eficaz la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante.

42 MARTÍNEZ GALLEGO señala que la posición que permite el perfeccionamiento del negocio a pesar de que la aceptación haya modificado en algún grado los términos expresados en la oferta bajo condición que el primer oferente cumpla la prestación sin hacer ningún tipo de declaración, se denomina la regla de la última palabra (the last-shot rule). MARTÍNEZ GALLEGO, E. La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2000. Pág. 94; PINOCHET OLAVE, R. La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica. ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes? Revista Ius et Praxis. 11. Pág. 55 – 92. 2005. Disponible en línea: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100004&script=sci_arttext [14.11.2011]

43 De manera textual la sección 2-207 (1) del UCC expresa: “*A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates*

Desde otra perspectiva, los arts. 2.1.11 de los PCCI y 19 de la Convención, aunque en primera medida acogen la teoría del espejo, aclaran a renglón seguido que, no obstante lo anterior, también es tenida como una aceptación, la respuesta que contenga estipulaciones adicionales o diferentes, siempre y cuando, se cumplan las siguientes condiciones:

- i) Que la respuesta pretenda ser una aceptación, esto es que el destinatario manifiesta su intención de quedar vinculado,
- ii) Que las modificaciones no alteren substancialmente los términos de la oferta inicial y,
- iii) Que las alteraciones no sean objetadas, sin demora injustificada, por el oferente.

Para PERALES VISCASILLAS, este tipo de disposiciones se muestra acorde con las corrientes normativas internacionales, la compleja realidad comercial y se aleja de la rigidez de la regla del espejo⁴⁴. En

as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms". Sobre la formación y el contenido del contrato al amparo de las reglas contenidas en la sección 2-207 del UCC, *Vid.* PERALES VISCASILLAS, M. P. La "batalla de los formularios" en la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 1998. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [14.11.2011]

44 PERALES VISCASILLAS, M. El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit. p.1 1999. Disponible en línea: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html#nota* [14.11.2011]. En igual sentido, AYMERICH OJEA expresa que, en virtud de la CISG, tanto en los sistemas civilistas como en los angloamericanos, los acuerdos incompletos se encuentran en fase de evolución, a partir de un paso gradual de la total conformidad entre oferta y demanda al reconocimiento como contrato del acuerdo sobre los elementos esenciales. AYMERICH OJEA, I. Lecciones de Derecho Comparado. Madrid: Universitat Jaume I. 2003. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=p7eElwNFQzQC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [14.11.2011] Pág. 148. Para ORDUÑA MORENO, citando a DÍEZ PICAZO, la admisión de términos adicionales o diferentes en la aceptación de la oferta, como elemento flexibilizador de la regla del espejo, entre otras previsiones, favorece la perfección del contrato y, por tanto, la existencia de la relación negocial atenuando la

relación a los PCCI la redacción según la cual es necesario que las modificaciones no sean *substantiales*, se muestra abierta.

En este sentido, OVIEDO ALBÁN aclara que no es posible clasificar las modificaciones sustanciales de forma abstracta, sino que por el contrario ha de analizarse cada caso en concreto, es decir, “*dependiendo de cuáles sean los elementos del contrato cuya celebración se esté ofreciendo, así como si son elementos adicionales o diferentes a los regularmente utilizados en la rama comercial de que se trate*”⁴⁵. En todo caso, es de resaltar que toda interpretación del contrato ha de cobijarse bajo los principios de respeto a la voluntad de las partes, buena fe contractual y lealtad negocial.

Desde la perspectiva de la CISG, en el art. 19.3., se clarifica el contenido de la clasificación de *esencial* a la modificación, al indicar que se consideran como tal aquellas relativas al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias.

De acuerdo a lo anterior, es evidente que existe total coincidencia entre los ordenamientos de la Comunidad Andina en lo relativo al contenido de la aceptación. Sin embargo, la teoría incorporada en los mismos se muestra disímil de la tendencia internacional, y por tanto disonante de los instrumentos en estudio. Así las cosas, se considera conveniente resolver la disparidad normativa a este respecto, de tal forma que los ordenamientos nacionales se armonicen al incluir, con vocación de internacionalidad, las corrientes vigentes en relación a la flexibilización de la regla del espejo.

exigencia de una perfecta o acabada concordancia de voluntades, tendencia ésta, auspiciada por el principio *favor contractus*. ORDUÑA MORENO, F.J. Derecho de la contratación y condiciones generales. En: Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Universidad de Cantabria. 2003. Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=nJXvmm4rw6YC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [14.11.2011] Pág. 443.

45 OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación...* Op. Cit.

4.4. Efectos de la aceptación

La tradición contractual vigente en el mundo reitera que el contrato se perfeccionará en el momento y lugar en el que surta efecto la aceptación de la oferta. El precepto es claro y representa la luz que guía el estudio de la formación del contrato. Solo cuando a una oferta debidamente formulada le corresponda una respuesta adecuada (aceptación), el contrato, como acuerdo voluntades, nace o se perfecciona en la vida jurídica.

Sin embargo, esta afirmación que, en principio, parece tan clara y apropiada, se matiza al estudiar las disposiciones que, tanto en el orden regional como internacional, se han incorporado de manera normativa. A este respecto, el estudio ha de dividirse en dos partes que, necesariamente, responderán a los siguientes interrogantes: *i) ¿Desde qué momento se entiende formado el contrato?* y, *ii) ¿Dónde se entiende formado el contrato?*

4.4.1. Efectos en el tiempo. Momento de formación del contrato

En este punto, se busca analizar, en los diferentes referentes jurídicos cuál es el momento, a partir del cual, la manifestación de la voluntad de la aceptación comienza a surtir efectos, esto es, desde cuando se entiende perfeccionado el contrato por darse el acuerdo de voluntades⁴⁶. En primer lugar, es preciso distinguir entre las diferentes formas o medios a través de los cuales puede presentarse la aceptación. A este respecto, se clasifica la aceptación en: *i) oral*, *ii) escrita* y *iii) tácita*.

En torno a las primeras, esto es la aceptación oral, la doctrina⁴⁷ ha logrado un consenso tendiente a aplicar o reconocer la teoría del

⁴⁶ En el presente acápite, se tendrán en cuenta las mismas teorías (*declaración, expedición, recepción y conocimiento*) que sirvieron de fundamento al estudio de los efectos de la oferta. De igual forma, es aplicable el estudio sobre el momento y lugar en el que se entiende emitido y recibido un mensaje de datos, acápite incorporado en lo atinente a la oferta.

⁴⁷ PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Pág. 118; OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 98 - 99.

conocimiento. Lo anterior pues, si una manifestación de voluntad se exterioriza de manera verbal, los momentos o descriptores que se diferencian en cada una de las teorías, necesariamente, confluyen en el hecho que, de forma inmediata, el destinatario se informa del contenido de la misma.

Desde otra perspectiva, las precisiones sobre la aceptación tácita, fueron abordadas en un acápite anterior, razón por la cual, nos limitaremos a reiterar que la mayoría de los ordenamientos de la región reconocen, normativamente, la posibilidad de que el contrato se forme mediante la aceptación tácita del beneficiario, así como exigen, de distintas formas⁴⁸, que el aceptante dé a conocer al oferente de la existencia de los hechos inequívocos que expresan su voluntad de obligarse en un contrato.

Ahora bien, es de señalar que los instrumentos internacionales de referencia, los Principios Unidroit y la CISG, también acogen, cuando menos como regla general, la necesidad de que el oferente tenga conocimiento de los *actos inequívocos de aceptación*. No obstante, adicionalmente, incluyen como excepción, la posibilidad de dar validez como aceptación a la aceptación tácita no conocida por el oferente, en el evento en que de las prácticas entre las partes o de los usos del comercio, se derive esta opción⁴⁹.

48 En este punto, basta recordar la diferencia que se planteó entre los ordenamientos de Bolivia y Perú, frente a lo dispuesto en el Código de Comercio de Colombia. Los primeros, Bolivia y Perú, exigen al aceptante dar aviso inmediato de los actos inequívocos que componen la aceptación tácita, mientras que en Colombia, la norma correspondiente, indica que basta con que el oferente *tenga conocimiento oportuno* de la existencia de las mismas. Como se indicó con anterioridad, la norma de Colombia se muestra más favorable a los negocios, pues permite que el oferente se informe de los actos que componen la aceptación tácita por diferentes medios, distintos incluso de la notificación o aviso del aceptante.

49 PERALES VISCASILLAS expone magistralmente las diferentes opciones que, respecto de la aceptación tácita, se pueden presentar en el marco de los Principios Unidroit, al expresar que: *“En relación con las aceptaciones que se realizan mediante actos de ejecución se han de diferenciar dos situaciones. En primer lugar, actos de ejecución que deben comunicarse al oferente (por ejemplo, el envío de las mercancías o el pago del precio), a menos que el acto mismo (la llegada de las mercancías) sea lo suficientemente expresivo de la voluntad a aceptar. Nótese*

De acuerdo con lo anterior, es el presente acápite se centrará, entonces, en el momento de perfeccionamiento de la aceptación *escrita*, como estandarte o situación más común en la contratación entre ausentes.

A este respecto, y una vez estudiados los ordenamientos tanto andinos como los Principios Unidroit y la CISG, se han identificado tres diferentes situaciones:

- i) La posición, sin lugar a dudas, mayoritaria ha definido la teoría de la recepción, como estándar de respuesta para el momento de formación del contrato. En otras palabras, existe contrato desde el momento en que llega al oferente la manifestación de voluntad del aceptante, encaminada a adherirse a los términos expuestos en la oferta, siempre y cuando la misma sea oportuna, esto es, que sea recibida en el término establecido (en la ley o en la oferta).

En esta posición, el riesgo relativo al medio de transmisión de la aceptación es asumido por el aceptante. Es más sensata esta forma de pensar, en el entendido que es el aceptante quien elige el medio de transmisión de su comunicación, así como, es él quien puede llegar a adoptar las medidas necesarias para garantizar que su manifestación de voluntad sea efectivamente recibida en el domicilio del oferente⁵⁰.

que esta aceptación ha de llegar además temporáneamente, por lo que, en ocasiones, cuando la rápida llegada no pueda asegurarse, será necesario el envío de una comunicación informando de la aceptación, la cual perfeccionará el contrato en cuando llegue al oferente. Y, en segundo lugar, actos de aceptación que no necesitan ser comunicados al oferente [Artículo 2.6(3)], los cuales perfeccionan el contrato en el momento en que se ejecuta ese acto (siempre que lo haga dentro del plazo que marca el Artículo 2.7. [...] lo que significará en el ámbito del contrato de compraventa que la perfección se producirá en el momento del envío de las mercancías". PERALES VISCASILLAS, M.P. Formación... Op. Cit. Pág. 118

50 Cfr. PERALES VISCASILLAS, M.P. *Formación...* Op. Cit. Págs. 118-119

ii) Tanto Bolivia (art. 455.I del CCB⁵¹), como Ecuador (inc. 2 del art. 142 del CCoE⁵²), los PCCI (art. 2.1.6.2⁵³) y la CISG (art. 18.2⁵⁴) acogen de manera expresa la *teoría de la recepción* a efectos de determinar el momento de perfeccionamiento del contrato. Es evidente que se trata de una posición mayoritaria y por tanto, constituye un elemento con altas posibilidades de armonización.

En una orilla, en cierta medida, opuesta, se encuentra Colombia, pues la redacción del art. 864 del CCoC, aunque parece en principio orientarse por la teoría de la recepción (al indicar “*el contrato se entenderá celebrado (...) en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta*”), fija su verdadera posición en el inciso segundo al expresar, de forma categórica, que “*se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados*”⁵⁵.

Es evidente entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano acoge la *teoría de la expedición*, como respuesta a la pregunta planteada y, en consecuencia, ubicándose en

51 Art. 455.I CCB. El contrato se forma desde el momento en que el oferente **tiene conocimiento de la aceptación** por la otra parte, salvo pacto diverso u otra disposición de la Ley

52 Inc. 2 del art. 142 del CCoE. Vencidos estos plazos [término de vigencia de la oferta], la proposición se tendrá por no hecha, y si la aceptación **llegare** extemporáneamente a noticia del proponente, éste deberá dar aviso al aceptante de la insubsistencia de su proposición.

53 Art. 2.1.6.2 de los PCCI. La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento **llega** al oferente.

54 Art. 18.2 de la CISG. La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento **llegue** al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

55 En este mismo sentido: Vid. OVIEDO ALBÁN, J. *La formación...* Op. Cit. Págs. 98 - 99.

una posición disímil a la observada en los ordenamientos jurídicos del numeral anterior.

- iii) Ahora bien, una posición diferente se presenta en Perú, respecto de la cual es pertinente formular un análisis independiente pues se encuentra una duplicidad de posiciones aplicables, así:

En un primer momento, el art. 1374 del CCP se orienta claramente a adoptar la teoría de la recepción, al establecer que *“La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario (...)”*(negrilla fuera del texto). En este mismo sentido, el art. 1386 del CCP sostiene que *“se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella **llega a conocimiento** del oferente la retractación del aceptante”* (negrilla fuera del texto).

En esta primera posición, el ordenamiento jurídico del Perú se muestra claramente acorde con la tendencia internacional, esto es, concluyendo que existe contrato desde el momento en que llega al oferente la manifestación de voluntad del aceptante, encaminada a adherirse a los términos expuestos en la oferta

No obstante, el art. 54 del CCoP consagra una teoría diferente, al indicar que: *“los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados **desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada**”* (negrilla fuera del texto). Con esta redacción, se ubica a la normatividad mercantil en una esquina opuesta a la antes mencionada para la normatividad civil, esto es, pues establece que el momento de la emisión de la aceptación es el determinante para la formación del contrato.

La antinomia en la que parece encontrarse el ordenamiento jurídico peruano, se soluciona mediante la aplicación del principio de especialidad del derecho comercial⁵⁶, según el cual las disposiciones mercantiles están llamadas, de manera privilegiada, a regular las relaciones particulares que *caen* dentro de la llamada materia mercantil, ya sea por ser realizadas por los comerciantes, o por constituir un acto de comercio (objetivo, subjetivo o mixto), o por relacionarse con una actividad empresarial.

Así las cosas, ha de entenderse que para efectos o asuntos mercantiles en el ordenamiento peruano será aplicable la *teoría de la emisión*, mientras que para los demás negocios, esto es los civiles, se aplicará la *teoría de la recepción*.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que la normatividad andina no acoge una respuesta unánime a la pregunta sobre el momento en el cual empieza la aceptación a surtir efectos, por el contrario, es notoria la división en cuanto a las respuestas aplicables. Se destaca como favorable, no obstante, que los ordenamientos de Bolivia y Ecuador se encuentren claramente alineados con la tendencia internacional de acoger la teoría de la recepción. Es así, como el momento en el cual la aceptación cobra eficacia jurídica se considera un elemento con alguna disparidad jurídica en los ordenamientos de la Comunidad Andina.

56 El principio de especialidad del derecho comercial se sustenta en el hecho que el derecho mercantil ha ido desplazando en diversos asuntos al derecho civil, no obstante que los dos hacen parte del derecho privado. Es así como, la legislación comercial es especial desde el punto de vista que regula de manera particular dentro del ámbito del derecho privado unas relaciones particulares que realizan personas sujetas al derecho privado que tienen una categoría exclusiva, en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación, por cuanto ella corresponde o encaja en alguna medida en el concepto de acto de comercio que es el eje fundamental sobre el cual se construye el derecho comercial. Para MADRIÑAN DE LA TORRE el derecho comercial inaplica o desplaza, para efectos mercantiles, una serie de instituciones y figuras propias del derecho civil, fenómeno que no puede confundirse con la derogatoria de las normas, ya que si las derogara se entendería que la norma no seguiría vigente y ello no es así. Vid. MADRIÑAN DE LA TORRE, R. E. *Principios del Derecho Comercial*. 6ª Edición. Santafé de Bogotá: Temis S.A. 2000. Págs. 34.

En este punto, es viable indicar que la normatividad mercantil de Colombia y Perú son abiertamente opuestas al estándar de los referentes internacionales estudiados, con lo cual se genera un claro riesgo a la seguridad jurídica de las transacciones internacionales. En conclusión, se considera conveniente resolver la disparidad de los ordenamientos de Colombia y Perú, para lo cual se ha de tener en cuenta, que la realidad del tráfico mercantil obliga a los sistemas jurídicos a propiciar la internacionalización de las normas, en pos de la armonización y de la seguridad jurídica necesaria en los negocios internacionales.

4.4.2. Efectos en el espacio. Lugar de formación del contrato

En este acápite, se analizará, en los diferentes referentes jurídicos cuál es el lugar en el que la manifestación de la voluntad de la aceptación surte sus efectos. En otras palabras, dónde se entiende perfeccionado el contrato por darse el acuerdo de voluntades. Realizar esta precisión, posee importancia en el mundo jurídico con el fin de determinar la ley aplicable al contrato, así como, en caso de no haberse pactado arbitramento, el juez del acuerdo.

En este punto, se encuentran sutiles, aunque nada despreciables, diferencias en los ordenamientos jurídicos de la Comunidad Andina, las cuales se procede a explicar:

- i) En Bolivia, los arts. 462.I del CCB⁵⁷ y 816 CCoB⁵⁸ disponen expresamente que el contrato entre no presentes, se entenderá celebrado en el *“lugar donde éste ha sido propuesto”*.

57 Art. 462.I del CCB. Entre no presentes el lugar del contrato es aquel donde ha sido propuesto, salvo pacto contrario u otra disposición de la Ley

58 Art. 816 del CCoB. Lugar del contrato entre no presentes. Entre no presentes el lugar de celebración del contrato es donde éste ha sido propuesto, salvo pacto en contrario u otra disposición de la ley. El contrato celebrado por cable, telegrama, radiograma u otro medio análogo, se considera como realizado entre no presentes. El celebrado por teléfono u otro medio semejante se considera entre presentes cuando las partes, sus representantes o mandatarios se comuniquen personalmente.

- ii) En Colombia, el art. 864 del CCoC⁵⁹ se entenderá celebrado en el *“lugar de residencia del proponente”*.
- iii) En Ecuador, el art. 147 del CCoE⁶⁰ establece que residiendo las partes contratantes en distintos lugares, el contrato se entenderá perfeccionado *“en el de la residencia del aceptante”*.
- iv) En Perú, el art. 1373 del CCP⁶¹ establece que el contrato queda perfeccionado en el *“lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.

De lo anterior es posible extractar, diversas consecuencias en relación a una eventual armonización de normativas en el marco jurídico andino. En primer lugar, se evidencia que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (Bolivia, Colombia y Perú) se tiene como eje de referencia al oferente, mientras que en Ecuador el lugar de perfeccionamiento del contrato se centra en el aceptante. Causa enorme extrañeza la norma del Ecuador, por cuanto aunque acoge la teoría de la recepción, para efectos de determinar el momento de formación del contrato, drásticamente determina la ley que el lugar del contrato es el del aceptante. En otras palabras, en Ecuador solo cuando el oferente recibe la aceptación es el momento en el cual se forma el contrato, sin embargo, éste, el contrato, nace en la residencia del aceptante.

En segundo término, aunque en principio la coherencia de la mayoría de los ordenamientos andinos en referirse al oferente para

59 Art. 864 del CCoC. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

60 Art. 147 del CCoE. Residiendo las partes contratantes en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato, para todos los efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada.

61 Artículo 1373 del CCP. Perfeccionamiento del Contrato. El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

resolver el lugar de formación del contrato, se evidencia que no existe una redacción o posición unánime en torno al tema en los ordenamientos nacionales. Lo anterior, si se tiene en cuenta las tenues, pero importantes, diferencias en torno al lugar concreto⁶².

Al distinguir, entonces, los ordenamientos entre el lugar de *donde se formuló la oferta* (Bolivia), *residencia del proponente* (Colombia) y *donde es conocida la aceptación por el oferente* (Perú), se están creando diferentes criterios de determinación. Lo anterior puede destacarse de una mejor forma con un ejemplo: En este mundo globalizado, en el que las empresas poseen establecimientos (de diferentes tamaños y naturalezas jurídicas) en diferentes estados, supongamos que el representante legal de la empresa A (con domicilio y residencia principal en Colombia) formula una propuesta dirigida a la empresa B desde el Ecuador (sin contar con una sucursal en dicho país), pero recibe la aceptación en una de las sucursales, ubicada en Perú.

Ahora bien, es pertinente preguntarse ¿dónde se formó el contrato? la respuesta, obviamente dependerá del ordenamiento a aplicar, así: Si entendemos que se formó *donde se formuló la oferta*, el país de formación es Ecuador; Si entendemos que se formó en la *residencia del proponente*, el país de formación es Colombia y, Si entendemos que se formó *donde es conocida la aceptación por el oferente*, el país de formación es Perú.

Vemos como, aunque los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Colombia y Perú coinciden en mantener la referencia al oferente, al aplicar cada una de estas reglas en un caso concreto, puede presentarse una disparidad de soluciones. Podría, en todo caso, plantearse que un

⁶² VIDAL POTABALES destaca que, en España, después del artículo 29 de la Ley sobre la Sociedad de la Información, se contemplan reglas especiales en torno a la determinación del lugar de celebración del contrato, así: i) si la contratación electrónica interviene como parte un consumidor se presumen celebrados en el lugar de residencia del consumidor y; ii) si la contratación es entre empresarios o profesionales, ante la ausencia de pacto, se presume celebrado en el lugar en que está establecido el prestador de servicios. *Cfr.* VIDAL PORTABALES, J.I. Sociedad de la Información y empresa. Granada. Comares. 2011. Pág. 40.

caso como el formulado es “difícil” que se presente en la realidad, sin embargo, teniendo en cuenta el contexto actual de los negocios (globalización, integración regional, promoción de los negocios y el comercio), no se considera tan distante esta situación.

Al estudiar este mismo asunto en los referentes internacionales empleados en el presente estudio, no se encuentra una respuesta pacífica o unánime. Lo anterior, en razón a que ni los Principios de Unidroit, ni la CISG, disponen de forma específica sobre el lugar de celebración del contrato. La omisión de una norma expresa sobre este particular, obedece, como es natural, a la dificultad que representa plantear una solución que integre las diferentes familias jurídicas que se pretenden impactar.

La solución, desde la doctrina, se ha planteado desde dos puntos de vista. El primero, que sostiene que este interrogante debe resolverse por el derecho internacional privado conforme a las normas de conflicto. Sobre este particular, como por ejemplo, PERALES VISCASILLAS afirma que *“en cuanto al lugar de perfección del contrato, la convención no prevé una norma al efecto, por lo que creemos que es una cuestión que se gobierna por el derecho interno no uniforme”*⁶³.

El segundo, que prefiere una interpretación sistemática y amplía de lo dispuesto en los arts. 2.1.6.2 de los PCCI, 18.2 y 23 de la CISG afirmando que el lugar de perfección del contrato de compraventa internacional, se atiene a las siguientes reglas⁶⁴:

- i) Si la aceptación produce efectos cuando llegue al destinatario, en ese momento y lugar se entenderá perfeccionado el contrato.

63 Cfr. PERALES VISCASILLAS. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*. Op. Cit.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A. *El contrato de compraventa*. Madrid: Tecnos, 1995. Pág. 215.

64 Cfr. OVIEDO ALBÁN, J. *Instituciones jurídicas en...* Op. Cit. Págs.. 546 y 547.

ii) Si se trata de una aceptación tácita, en la cual se entenderá realizada una vez se haya emitido, el lugar de perfeccionamiento sería el del domicilio del aceptante de la oferta.

La segunda formulación, se considera más afortunada en el sentido que evita la desvinculación de los instrumentos internacionales de un elemento de gran importancia como el lugar de perfeccionamiento del contrato, así como, plantea una solución que en el derecho comparado se muestra lógica y ampliamente utilizada, como lo es identificar el momento con el lugar de perfección del contrato⁶⁵.

Así las cosas, a continuación, se presenta un cuadro comparativo en el cual se muestran las diferentes soluciones existentes, tanto a nivel andino como de los referentes internacionales, a las preguntas sobre ¿cuándo y dónde se perfecciona el contrato?

⁶⁵ Es evidente, incluso en el ámbito andino, que la mayoría de los países identifican el momento con el lugar de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, se encuentran excepciones como la antes señalada respecto del ordenamiento del Ecuador.

Figura 14.
Tabla comparativa sobre los efectos de la aceptación.

Criterio de Comparación	UNIDROIT	UNCITRAL	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
	PCCI	CISG	CCB	CCoC	CCoE	CCP
Momento de formación del contrato	En estos ordenamientos se ha definido la teoría de la recepción, como estándar de respuesta para el momento de formación del contrato. (art. 455.1 del CCB, art. 2.1.6.2 de los PCCI, art. 18.2 de la CISG).			El ordenamiento jurídico colombiano acogió la teoría de la expedición, como respuesta a la pregunta sobre el momento de formación del contrato.	Al igual, que Bolivia y los referentes internacionales, definió la teoría de la recepción, como estándar de respuesta para el momento de formación del contrato. (inc. 2 del art. 142 del CCoE)	Ha de entenderse que para efectos o asuntos mercantiles en el ordenamiento peruano será aplicable la teoría de la emisión, mientras que para los demás negocios, esto es los civiles, se aplicará la teoría de la recepción.
Lugar de formación del contrato	Aunque los instrumentos internacionales, no incorporan una disposición específica para estos eventos, se considera que, a partir de una interpretación sistémica, en el caso de aceptación escrita será el domicilio del oferente, mientras que en la aceptación tácita se perfeccionará en el domicilio del aceptante.		Los arts. 462 del CCB y 816 CCoB dispone que el contrato entre no presentes, se entenderá celebrado en el lugar donde éste ha sido propuesto	Según el art. 864 del CCoC se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente.	El art. 147 del CCoE establece que residiendo las partes contratantes en distintos lugares, el contrato se entenderá perfeccionado en el de la residencia del aceptante.	El art. 1373 del CCP establece que el contrato queda perfeccionado en el lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Fuente: Elaboración propia.

4.5. Conclusiones

La *aceptación*, como elemento de culmen o finalización en la *formación progresiva del contrato*, es una manifestación unilateral de voluntad del destinatario por medio de la cual se comunica su conformidad con los términos contenidos en la oferta. A su turno, la *aceptación electrónica*, en aplicación del principio de no alteración del derecho vigente, debe, cuando menos en principio, sujetarse a las mismas exigencias de cualquier negocio jurídico de acuerdo a la teoría clásica.

En este sentido, el negocio jurídico electrónico se somete a los parámetros clásicos sobre la ausencia y/o presencia de las partes, a efectos de determinar la respuesta aplicable en cada caso. En términos sencillos, los medios electrónicos ofrecen una gama amplia de posibilidades de comunicación que deberán, a su turno, asimilarse a los conceptos tradicionales a efectos de poder obtener una respuesta del ordenamiento jurídico⁶⁶.

Ahora bien, al analizar, a partir del derecho comparado, las normativas aplicables a los aspectos más trascendentales de la aceptación, se evidencia la presencia de algunos elementos que se muestran armónicos entre la normatividad andina y los elementos internacionales de referencia. Ejemplo claro, es el reconocimiento unánime a la aceptación tácita de la oferta, materia en la que los sistemas jurídicos latinoamericanos cuentan, en términos generales, con normas similares a los Principios de Unidroit y a la CISG. Se

⁶⁶ No es el objeto propio de la presente investigación definir la favorabilidad o no de sujetar a los medios electrónicos a este debate sobre la contratación entre presentes o ausentes. Al respecto, el autor es de la opinión que dentro de la amplia gama de posibilidades que ofrecen las TIC's, se pueden encontrar: *i)* herramientas tecnológicas asimilables a la contratación entre presentes (p.e. mensajería instantánea, videoconferencias, videollamadas, VoIP, etc.); *ii)* herramientas electrónicas asimilables a la contratación entre ausentes (p.e. correo electrónico, mensajes de datos no instantáneos, etc.). En todo caso, vale la pena destacar que autores, como PINOCHET OLAVE, se inclinan por considerar a la contratación electrónica como un proceso negocial **verdaderamente entre presentes**, si se quiere una forma distinta de presencia -la virtual-, pero una especie de presencia al fin. PINOCHET OLAVE, R. *La formación del consentimiento...* Op. Cit.

destaca, entonces, la vocación de internacionalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos en este punto.

No obstante lo anterior, son aún más determinantes e importantes las diferencias o distorsiones encontradas en las respuestas entregadas por la normatividad andina, en relación con el estándar internacional de referencia. A este respecto se distinguen las siguientes situaciones:

- *Vigencia de la oferta escrita:* Es palmaria la disparidad en este punto. Al interior de la Comunidad Andina, la mayoría de los países (Bolivia, Colombia y Ecuador) establecen un tiempo de respuesta completamente arbitrario, sin que se muestren iguales, o cuando menos similares entre ellos de forma alguna.

Adicionalmente, Bolivia cuenta con una dualidad de normas (civiles y comerciales) que acogen principios o respuestas diferentes. En este punto, por ejemplo se resalta, que la opción acogida por el ordenamiento civil boliviano se muestra mucho más acorde con el panorama internacional.

Por otra parte, Perú no incluye respuesta alguna sino que, por el contrario, su normativa se limita a indicar que la aceptación deberá llegar al conocimiento del oferente en el plazo establecido por éste (oferente). De acuerdo con lo anterior, se considera que la vigencia, en este caso, es un elemento esencial de la oferta, esto es, que si en la misma no se establece un plazo para que el destinatario acepte, ésta, la oferta, no nace a la vida jurídica.

De igual forma, es evidente que casi la totalidad de las respuestas normativas de los ordenamientos andinos distan o se alejan sustancialmente de la normatividad internacional, en la cual se acoge un concepto *subjetivo*, enmarcado en

el término “razonable”, a partir del cual el agente jurídico deberá tener en cuenta un abanico de elementos a efectos de juzgar si la aceptación fue recibida en tiempo o no.

- *Aceptación tardía:* En este sentido, mientras en Colombia y Perú, la aceptación tardía, se considera una nueva oferta, en Ecuador, la aceptación se tiene por no surtida, pero adicionalmente se obliga al oferente a comunicar al aceptante dicha situación. En contraste, los instrumentos internacionales plantean algunas circunstancias en las cuales, a pesar de ser extemporánea la aceptación, efectivamente se permite la formación del contrato, con el fin de dotar de flexibilidad a las normas que pretenden regular el tráfico comercial.
- *Contenido de la aceptación:* Los ordenamientos de la Comunidad Andina coinciden absolutamente en incluir la *regla del espejo*, como determinante para calificar una verdadera aceptación, en este sentido, la manifestación de la voluntad debe ser *pura y simple*, sin adicionar o modificar elemento alguno. Sin embargo, la teoría incorporada en los referentes internacionales predica que se perfecciona el contrato, aun cuando la aceptación no sea pura y simple, siempre y cuando las modificaciones no alteren substancialmente la oferta y que, las alteraciones no sean objetadas por el oferente.
- *Momento de formación del contrato:* La normatividad andina no acoge una respuesta unánime a la pregunta sobre el momento en el cual empieza la aceptación a surtir efectos, por el contrario, es notoria la división en cuanto a las respuestas aplicables.

Así pues, Bolivia, Ecuador y los instrumentos internacionales acogen de forma armónica la teoría de la recepción. Sin

embargo, Colombia propugna por incorporar la *teoría de la expedición*, mientras en Perú se encuentra una duplicidad de normas, a partir de la cual ha de entenderse que para efectos o asuntos mercantiles en el ordenamiento peruano será aplicable la *teoría de la emisión*, mientras que para los demás negocios, esto es los civiles, se aplicará la *teoría de la recepción*.

En este punto, es viable indicar que la normatividad mercantil de Colombia y Perú son abiertamente opuestas al estándar de los referentes internacionales estudiados, con lo cual se genera un claro riesgo a la seguridad jurídica de las transacciones internacionales. En ese sentido, se considera conveniente resolver la disparidad de los ordenamientos de Colombia y Perú, para lo cual se ha de tener en cuenta, que la realidad del tráfico mercantil obliga a los sistemas jurídicos a propiciar la internacionalización de las normas, en pos de la armonización y de la seguridad jurídica necesaria en los negocios internacionales.

- *Lugar de formación del contrato:* La mayoría de los ordenamientos jurídicos andinos (Bolivia, Colombia y Perú) tienen como eje de referencia al oferente, mientras que en Ecuador el lugar de perfeccionamiento del contrato se centra en el aceptante. Sin embargo, solo existe una coherencia aparente, puesto que en las diferentes normas se evidencia una redacción o posición con redacciones diferentes que dan lugar a aplicaciones disimiles. En el contexto internacional, no existe una norma expresa que regule el tema, situación que da lugar a posiciones opuestas, considerándose más pertinente, aquella que pregona que en el caso de aceptación escrita será el domicilio del oferente, mientras que en la aceptación tácita se perfeccionará en el domicilio del aceptante.

Los elementos de disparidad entre la normatividad andina y los referentes internacionales son ostensibles y revisten una gran importancia para el comercio internacional. En este sentido, se considera fundamental y apropiado para los ordenamientos andinos propiciar los ajustes a nivel regional, en caso de ser políticamente viable, o a nivel interno, con el fin de integrarse a las soluciones y estándares internacionales recogidos en instrumentos como los principios Unidroit y la CISG.

CONCLUSIONES FINALES

La *Sociedad de la Información* está definida o soportada en múltiples conceptos, entre ellos, la globalización, la integración regional y los procesos de armonización. Así mismo, las TIC's, en la actualidad, son elementos dinamizadores de los estados y las comunidades, en el sentido que su mayor o menor incorporación y adopción a la vida repercuten en elementos de tanta envergadura como el desarrollo económico y la competitividad.

Así las cosas, el derecho, como institución social orientada a la regulación de la vida en sociedad, no está aislado de estas corrientes y situaciones, sino que, por el contrario, es un elemento determinante y estructural en la construcción, avance y desarrollo de la sociedad de hoy. Sin embargo, las pretéritas instituciones, normas y disposiciones de los ordenamientos jurídicos no son suficientes para dar respuestas a la dinamicidad y especialidad de las TIC's y su manifestaciones.

Es así como se evidencia la necesidad de revisar las decimonónicas disposiciones de los sistemas jurídicos en relación con las particularidades de las TIC's. Es por esta razón que, desde los diferentes ámbitos, se ha propugnado por la *actualización* de los ordenamientos jurídicos, y en general por la *expedición* de *normas*, apropiadas y coherentes con los nuevos retos del derecho contractual.

En este sentido, es evidente la conveniencia de llevar a cabo procesos de armonización y unificación al interior de la Comunidad Andina en relación a la formación del contrato electrónico. Esta propuesta de *lege ferenda* tiene como objetivo principal la eliminación de las barreras u obstáculos jurídico-normativos para la circulación de

bienes y servicios a través del comercio electrónico comunitario. La unificación normativa, entonces, permitirá superar las divergencias en las tendencias y orientaciones sobre los diferentes aspectos de la temática.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objetivo general de la presente investigación y una vez analizados de forma individual cada uno de los diferentes criterios de comparación relativos a la formación del contrato celebrado a través de medios electrónicos en la Comunidad Andina, es preciso definir el *estado actual de armonización* de los aludidos criterios, así como, formular algunas sugerencias al respecto.

En este sentido, se considera que el *estado actual de armonización* de los diferentes criterios de comparación, se determina considerando tres escenarios posibles, los cuales procedemos a explicar:

1. Instituciones completamente armónicas

Este escenario plantea la existencia de aspectos *completamente armónicos* tanto a nivel andino como frente a los elementos internacionales, es decir, situaciones en las que la normatividad actualmente existente guarda una intrínseca y esencial similitud entre las diferentes esferas estudiadas. Es así como, los criterios que se enmarquen en este escenario se consideran como pilares fundamentales de la armonización normativa en relación con la formación del contrato electrónico en la Comunidad Andina.

Así, pues, la presente investigación evidencia la existencia de diversos aspectos que se encuentran regulados o aplicados de forma igual en cada uno de los países de la Comunidad Andina, así como, en los diferentes referentes internacionales. Sin embargo, se distinguen dos tipos de instituciones completamente armonizadas, como se muestra a continuación:

- a. Existe un unánime y coherente reconocimiento y aplicación de los *principios de la contratación electrónica* en los diferentes ordenamientos. Es así como las formulaciones generales relativas a la *equivalencia funcional*, la *neutralidad tecnológica*, la *no alteración del derecho vigente*, la *autonomía de la voluntad*, la *consensualidad* y la *buena fe* se encuentran reflejadas, expresa o tácitamente, en todos los ordenamientos andinos y en los diferentes elementos internacionales.

Es evidente entonces que los principios, como normas esenciales de organización que permanecen en el tiempo y que poseen un sentido de conveniencia y oportunidad en la sociedad misma, no requieren de una formulación expresa en la normatividad. Por el contrario, se prefiere el reconocimiento y aplicación de sus preceptos, de tal forma que se irradie no solo la normatividad, sino la efectiva realización del mismo.

- b. Por otra parte, se encontraron cuatro (4) instituciones adicionales que poseen un reconocimiento uniforme, como lo son:
- i. *La equivalencia funcional del original*: Los ordenamientos andinos se muestran acordes con la normatividad internacional en el punto de fijar los requisitos a efectos de considerar un MD como original. En este sentido, este aspecto se considera un *elemento armonizado* a nivel regional frente al estándar internacional.
 - ii. *Aceptación Tácita*: Se evidencia que el reconocimiento de la aceptación tácita de la oferta es un elemento *altamente armónico* en los ordenamientos de la Comunidad Andina y frente a los instrumentos de carácter internacional en estudio, lo que se muestra como un elemento claramente

favorable en la vocación de internacionalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Sin embargo, se destaca como una formulación más adecuada la incluida en el ordenamiento colombiano, según la cual la aceptación tácita de la oferta procede en igualdad de condiciones que la aceptación expresa, esto es, que no se restringe su aplicación a ningún tipo de contratos.

iii. Vigencia de la oferta formulada verbalmente: Este aspecto se considera un elemento armonizado en el sentido que, tanto los ordenamientos andinos como los referentes internacionales, disponen que la oferta formulada verbalmente deberá, salvo acuerdo en contrario, aceptarse inmediatamente.

iv. Momento y Lugar de envío y recepción de un Mensaje de Datos: La mayoría de países de la CAN (salvo Perú) acogen las normas de la LMCE de CNUDMI. En este sentido, este aspecto se considera un elemento **altamente armonizado**, sin embargo, se considera apropiado que la normatividad peruana incluya normas específicas sobre la materia, a efectos de dotar de seguridad jurídica al tráfico mercantil.

Todo lo anterior nos indica que existe total coherencia en acoger e interiorizar en los diferentes ordenamientos el *núcleo esencial (principios)* de la contratación a través de medios electrónicos, así como, existen, adicionalmente, otros aspectos en los cuales se encuentra total coincidencia entre los ordenamientos. En este sentido, los *pilares o primeros pasos* para la armonización en la materia están sembrados de manera unánime, lo cual demuestra con especial fuerza la posibilidad de llevar a cabo la propuesta de armonización pretendida.

2. Instituciones que requieren de armonización

Como segundo escenario, se plantea la existencia de aspectos que *requieren de ser armonizados*, en el sentido, que se identifican distanciamientos en las posiciones de los diferentes países de la Comunidad Andina, ya sea entre ellos mismos o frente a los elementos internacionales. En otras palabras, son instituciones disimiles que requieren de cambios a efectos de que puedan favorecer la armonización pretendida

En este sentido, y contrariamente a la esperanza en la armonización y la fortaleza de los pilares que se muestran unánimes en los diferentes ordenamientos estudiados, existen muy diversos aspectos que no gozan de tal característica. En otras palabras, se encuentra demostrada la hipótesis inicial relativa a que a pesar de que existen, entre la normatividad vigente en la CAN y los instrumentos internacionales, múltiples elementos armonizados, son numerosos y de gran importancia los aspectos que son disímiles o heterogéneos en su tratamiento, como se evidencia a continuación:

- a. *Equivalencia funcional del mensaje de datos frente al documento físico:* A este respecto se encuentra que las normatividades andinas exigen, de manera mayoritaria, que la información de un MD sea accesible para su ulterior consulta como criterio para la equivalencia funcional con el documento papel. Sin embargo, a efectos de una armonización en este punto, se requiere que los ordenamientos de Bolivia y Perú acojan el estándar de la LMCE de UNCITRAL, esto es la equivalencia del documento físico con el MD con la única exigencia de ser la información posteriormente accesible.
- b. *Equivalencia funcional de la firma manuscrita:* En este punto se evidencia un **total distanciamiento** de los ordenamientos andinos entre ellos y, frente a los elementos internacionales,

al acoger Perú la firma electrónica y, los demás países, propugnar por acoger como solución la firma digital con certificación externa. En este sentido, se propone que los ordenamientos jurídicos de la CAN adopten como estándar de equivalencia la Firma Electrónica, esto es, dotando de validez otros mecanismos de autenticación, que sean aún más sensatos, sencillos, económicos y de amplia difusión, que les permitan a los ciudadanos y a los empresarios identificarse y emplear con plena seguridad las comunicaciones electrónicas, sin temor a que las Cortes nieguen todo tipo de validez a las manifestaciones de voluntad que “viajen” en el entorno digital por no haberse asociado a una FD.

- c. *Contenido de la oferta:* La normatividad andina es unánime en concebir la oferta como una proposición completa en la cual se contemplan la totalidad de elementos esenciales. Sin embargo, se considera necesario que los países andinos *se aparten* de esta posición tan estricta y *permitan* a sus ordenamientos acercarse a los elementos internacionales, en los cuales la fuente obligacional de la oferta es la intención del oferente de obligarse la causa de los efectos jurídicos de la oferta.
- d. *Eficacia de la oferta:* Los países de la Comunidad Andina, evidencia que en su mayoría (Bolivia, Colombia y Ecuador) se acoge la teoría de la emisión o expedición, como determinante para la producción de efectos jurídicos de la oferta. Se *propone*, entonces, que estos ordenamientos abandonen la teoría de la expedición y acojan la teoría de la recepción, con el fin de acercarse al estándar internacional, como lo posee Perú. Esta decisión, la de acoger la teoría de la recepción, podría a su turno incorporar la figura del retiro de la oferta, como elemento actualmente inexistente en los

ordenamientos andinos, pero recogido en los instrumentos internacionales.

- e. *Retractación*: Este aspecto evidencia un *distanciamiento* entre *algunos* países de la CAN frente a los ordenamientos internacionales. Así, los ordenamientos de Colombia y Perú acogen la teoría alemana según la cual la oferta es irrevocable, esto es que el destinatario tiene la potestad de exigir el cumplimiento de la oferta y/o la indemnización de perjuicios por incumplimiento. Se propone que estos países flexibilicen o atemperen su posición normativa, a efectos de entender que la oferta solo será irrevocable en determinados escenarios, a semejanza de la costumbre internacional recogida en los Principios Unidroit y en al CISG.
- f. *Vigencia de la oferta*: En este punto, es *palmaria la disparidad* de respuestas a las cuales está sometida una oferta, en cuanto a su vigencia. Al respecto, se propone que los ordenamientos andinos acojan como estándar de respuesta, lo dispuesto en los elementos internacionales, en los cuales se acoge un concepto mucho más subjetivo, enmarcado en el término “razonable”, a partir del cual el agente jurídico deberá tener en cuenta un abanico de elementos (p.e. las circunstancias de transacción, la complejidad de la transacción, las circunstancias geográficas, los medios de comunicación empleados, entre otros) a efectos de juzgar si la aceptación fue recibida en tiempo o no.
- g. *Aceptación extemporánea*: Este aspecto es también claramente *disímil*. Al respecto se plantea como razonable la posibilidad de acoger lo dispuesto en los elementos internacionales, esto es, incorporando algunas circunstancias en las cuales, a pesar de ser extemporánea la aceptación, efectivamente

se permite la formación del contrato, con el fin de dotar de flexibilidad a las normas que pretenden regular el tráfico comercial.

- h. Contenido de la aceptación:* Es evidente que existe total coincidencia entre los ordenamientos de la Comunidad Andina en lo relativo al contenido de la aceptación. Sin embargo, la teoría incorporada en los mismos se muestra **disímil** de la tendencia internacional, y por tanto **disonante** de los instrumentos en estudio. Así las cosas, se considera conveniente resolver la disparidad normativa a este respecto, de tal forma que los ordenamientos nacionales se armonicen al incluir, con vocación de internacionalidad, las corrientes vigentes en relación a la flexibilización de la regla del espejo.
- i. Momento de formación del contrato:* La normatividad andina no acoge una respuesta unánime a la pregunta sobre el momento en el cual empieza la aceptación a surtir efectos, por el contrario, es **notoria la división** en cuanto a las respuestas aplicables. Es así, como el momento en el cual la aceptación cobra eficacia jurídica se considera un elemento con alguna **disparidad jurídica** en los ordenamientos de la Comunidad Andina. En este sentido, se **sugiere** a Colombia y Perú seguir el ejemplo de los ordenamientos de Bolivia y Ecuador que se encuentren claramente alineados con la tendencia internacional de acoger la teoría de la recepción.
- j. Lugar de formación del contrato:* En principio, se evidencia que la mayoría de los ordenamientos (salvo Ecuador) centran el lugar de formación del contrato en el oferente. Sin embargo, se evidencian leves disparidades en torno al elemento determinante a emplear. En este sentido, se sugiere unificar la normatividad en torno al “*domicilio del oferente*”.

3. Institución no armonizable

Finalmente, se plantea la presencia de elementos *no armonizables*, esto es, que revisados los referentes normativos, no es posible identificar un “*hilo conductor*” entre los diferentes ordenamientos. Es decir, son aquellos en que las tendencias jurídicas son, todavía, impredecibles e impiden su armonización a nivel regional e internacional

Dado que el objetivo que se persigue, así como la filosofía o idea que inspira el presente trabajo, busca la armonización andina en torno a la formación del contrato celebrado a través de medios electrónicos, se propugna por mantener esta tercera respuesta como una excepción, esto es, que se puso el mayor empeño por buscar la armonización.

Así las cosas, se evidencia que el único aspecto de los estudiados, que se muestra como un elemento frente al cual no es posible la armonización, es el *silencio como aceptación*, en el entendido que no se encuentra una corriente teórica lo suficientemente fuerte que permita vincular a los ordenamientos andinos entre sí y a éstos con los referentes internacionales, en este aspecto concreto.

Examinado el *estado de armonización* de cada uno de las instituciones o criterios de comparación estudiados en la presente investigación y, acordes con la metodología propuesta, se presenta la siguiente tabla, en la cual se resume o visualiza el estado de armonización en torno a la formación del contrato celebrado a través de medios electrónicos:

LA FORMACIÓN DEL CONTRATO A TRAVÉS DE MEDIOS
ELECTRÓNICOS EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA

Figura 15.
Tabla resumen del estado de armonización en torno a la formación del contrato celebrado a través de medios electrónicos.

ELEMENTOS O INSTITUCIONES ARMONIZADAS		
No.	Criterio de Comparación	Observaciones
1	Formulación del Principio de Equivalencia Funcional (PEF).	La paridad, identidad o correspondencia de las instituciones jurídicas del mundo material a las concebidas en el contexto digital, bajo el presupuesto de que se cumplan, en todo caso, con las finalidades y objetivos de la figura.
2	La equivalencia funcional del original	Se entenderá por "original", el MD respecto del cual: i) existan garantías fidedignas de la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez y, ii) que la información pueda ser presentada a la persona con interés legítimo, si fuera requerida.
3	Formulación del Principio de Neutralidad Tecnológica (PNT).	La aptitud o disposición de los marcos regulatorios del comercio y la contratación electrónica de no excluir o privilegiar una técnica o tecnología en específico, sino que, por el contrario, se busca favorecer y acoger toda innovación técnica en el campo a regular
4	Principio de inalterabilidad del derecho vigente (PIDV)	Según el cual las tecnologías de la información y las comunicaciones son un nuevo soporte, herramienta, medio de transmisión o vehículos de las voluntades negociales.
5	Reconocimiento Constitucional del Principio de Autonomía de la Voluntad Privada (PAVP).	El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, es el fundamento a partir del cual surge el negocio como norma jurídica, vinculante para quienes lo consienten y eficaz ante el derecho.
6	Reconocimiento del principio de consensualidad	Según el cual el contrato se perfecciona por el mero acuerdo de las voluntades de las partes y desde el instante en que se presta. De acuerdo con lo anterior, son consensuales todos los contratos para cuya eficacia no se requieren determinadas formalidades.
7	Momento y Lugar de recepción de un MD	Los ordenamientos han incorporado la LMCE, en la cual se busca establecer un parámetro objetivo para la determinación del tiempo y lugar de envío de comunicaciones electrónicas.
8	Aceptación Tácita	Se evidencia que el reconocimiento de la aceptación tácita es un elemento armónico, lo que se muestra como un elemento claramente favorable en la vocación de internacionalidad de los sistemas jurídicos latinoamericanos.
9	Vigencia de la oferta formulada verbalmente	Se reconoce de forma unánime que la propuesta verbal de un negocio entre presentes deberá ser aceptada o rechazada en el acto de oírse.

ELEMENTOS O INSTITUCIONES QUE REQUIEREN DE ARMONIZACIÓN		
No.	Criterio de Comparación	Observaciones
1	El mensaje de datos como equivalente funcional del documento papel	Se sugiere que los ordenamientos de Bolivia y Perú adapten su normatividad al estándar de la LMCE, esto es la equivalencia con la única exigencia de ser la información posteriormente accesible.
2	Firma electrónica (FE) o Firma Digital (FD) como equivalente funcional de la firma manuscrita	Se propone que los ordenamientos jurídicos de la CAN adopten como estándar de equivalencia la Firma Electrónica, estos, dotando de validez otros mecanismos de autenticación, que sean aún más sensatos, sencillos, económicos y de amplia difusión, que les permitan a los ciudadanos y a los empresarios identificarse y emplear con plena seguridad las comunicaciones electrónicas.
3	El contenido de la oferta	Se considera necesario que los países andinos permitan a sus ordenamientos acercarse a los elementos internacionales, en los cuales la fuente obligacional de la oferta es la intención del oferente de obligarse la causa de los efectos jurídicos de la oferta.
4	Momento a partir del cual la oferta surte efectos	Se sugiere que los ordenamientos de Bolivia, Colombia y Ecuador abandonen la teoría de la expedición y acojan la teoría de la recepción, con el fin de acercarse al estándar internacional, como lo posee Perú.
5	Revocación de la oferta	Se propone que Colombia y Perú suavicen su posición normativa (teoría alemana), a efectos de entender que la oferta solo será irrevocable en determinados escenarios, a semejanza de la costumbre internacional recogida en los Principios Unidroit y en el CISG.
6	Vigencia de la oferta formulada por escrito	Se sugiere que los ordenamientos andinos acojan como estándar de respuesta, lo dispuesto en los elementos internacionales; en los cuales se acoge un concepto mucho más subjetivo, enmarcado en el término "razonable", a partir del cual el agente jurídico deberá tener en cuenta un abanico de elementos a efectos de juzgar si la aceptación fue recibida en tiempo o no.
7	La aceptación tardía	Se plantea como razonable la posibilidad de acoger lo dispuesto en los elementos internacionales, esto es, incorporando algunas circunstancias en las cuales, a pesar de ser extemporánea la aceptación, efectivamente se permite la formación del contrato, con el fin de dotar de flexibilidad a las normas que pretenden regular el tráfico comercial.
8	Contenido de la aceptación	Se considera conveniente resolver la disparidad normativa a este respecto, de tal forma que los ordenamientos nacionales se armonicen al incluir, con vocación de internacionalidad, las corrientes vigentes en relación a la flexibilización de la regla del espejo.

ELEMENTOS O INSTITUCIONES QUE REQUIEREN DE ARMONIZACIÓN		
No.	Criterio de Comparación	Observaciones
9	Momento de formación del contrato.	Se sugiere a Colombia y Perú seguir el ejemplo de los ordenamientos de Bolivia y Ecuador que se encuentren claramente alineados con la tendencia internacional de acoger la teoría de la recepción
10	Lugar de formación del contrato	Se evidencia que la mayoría de los ordenamientos (salvo Ecuador) centran el lugar de formación del contrato en el oferente. Sin embargo, se evidencian leves disparidades en torno al elemento determinante a emplear. En este sentido, se sugiere unificar la normatividad en torno al "domicilio del oferente".
ELEMENTO NO ARMONIZABLE		
No.	Criterio de Comparación	Observaciones
1	El silencio como aceptación	La aceptación del silencio como declaración de voluntad, es todavía un elemento controvertible y de disímil tratamiento en la normatividad y la doctrina.

Fuente: Elaboración propia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRÍA ZEVALLOS, M. *La concesión y el contrato ley en las sentencias del Tribunal Constitucional*. Teleley. s.f. Disponible en línea:
http://www.teleley.com/articulos/art_170708-2.pdf [22.10.2011]
- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. (Título original: *Theorie Der Grundrechte*). Trad. Garzón Valdes, E. Colecc. “El Derecho y la Justicia”. Dir. Díaz, E. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- ALVARADO HERRERA, L; CLAVERO TERNERO, M; ILLESCAS ORTIZ, R; MADRID PARRA, A; MORAN BOVIO, D. (COOR); PENDÓN MELÉNDEZ, M.A.; PERALES VISCASILLAS, P; PULIDO BEGINES, J.L. *Comentario a los principios Unidroit para los contratos del comercio internacional*. Madrid. Aranzadi. 1999. Págs. 97
- ARAOZ M. Y VAN GINHOVEN S. *Preparación de los países andinos para integrar las redes de tecnologías de la información*. Proyecto Andino de Competitividad. Universidad del Pacífico. Perú. 2001. Disponible en línea:
http://www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/workingpapers/it/it_peru.pdf [3.09.2011]
- ARRUBLA PAUCAR, J.A. *Contratos mercantiles*. Medellín. Diké. 1995. Págs. 64.
- JIMÉNEZ GIL, W. *Línea Jurisprudencial sobre la Buena Fe*. Universidad Nacional de Colombia. 2002. Disponible en línea:
<http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LINEA%20JURISPRUDENCIAL%20RESPECTO%20AL%20%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE.pdf>.

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI). *Estudio comparado sobre la definición y consideración de los temas vinculados a las tecnologías de la información y las comunicaciones (tic) en otros esquemas de integración regional*. 2007. Disponible en línea:

<http://www.aladi.org/nsfaladi/integracionnsf/eeeed45bc6cbdcf7032574fd00627b37/a700424971590eed032574b900470f5f?OpenDocument> [03.09.2011].

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI). *Situación actual y perspectivas del comercio electrónico en la región*. 2001. Disponible en línea:

<http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/ceb8a0c5450bdab803256a79004f67cc/4ea21444af6077b103256a790050e7ad?OpenDocument> [3.09.2011].

AYMERICH OJEA, I. *Lecciones de Derecho Comparado*. Madrid: Universitat Jaume I. 2003. Disponible en línea:

<http://books.google.com/books?id=p7eElwNFQzQC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [14.11.2011]

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *La cámara de compensación electrónica S.A. (CCE)*. Disponible en línea:

<http://www.bcrp.gob.pe/sistemas-de-pagos/camara-de-compensacion-electronica.html> [18.09.2011]

BARRANTES VENEGAS, C.P. *El acto administrativo por medios electrónicos en la legislación colombiana*. Tesis de Maestría. Dir. Carlos Ariel Sánchez Torres. Universidad del Rosario. 2009.

BERMÚDEZ-ABREU, Y. *Algunas consideraciones sobre la armonización del derecho internacional privado*. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica. No. 116. 2008.

- BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. (2° reimpresión 2° edición). Bogotá. Temis. 1997.
- CALDERÓN RODRÍGUEZ, C. *El Comercio electrónico: Nueva Lex mercatoria del Comercio Internacional*. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. 2000. Disponible en línea:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=553> [20.08.2011]
- CALDERÓN VILLEGAS, J.J. *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá. Universidad de los Andes. 2011.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004) y Guía de la CCI para la contratación electrónica*. Incorporada en la Comunicación No. A/CN.9/WG.IV/WP.113 dirigida a la Comisión de Naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2004. Disponible en línea:
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V04/568/76/PDF/V0456876.pdf?OpenElement> [3.09.2011]
- CANCINO, F. *Estudios de derecho privado*. Bogotá. Temis. 1979. Pág. 63
- CANO MARTÍNEZ, J. J. *Evolución y retos emergentes para la próxima década*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011.
- CAPITANT, H. *Introduction a'Etude du Droit Civil*, París. A. Pedone, Editeur.
- CÁRDENAS ZORRO, M.J. *E-comercio andino*. Portafolio. 2000. Edición en línea:
<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/porta27-6-00.htm> [3.09.2011]

- CARDENAS ZORRO, M.J. *Comercio electrónico en el ámbito multilateral y regional*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]
- CARDENAS ZORRO, M.J. *Informe normativo sobre comercio electrónico*. Taller regional sobre ciberlegislación. Bolivia. 2011. Disponible en línea:
<http://www.usa.edu.co/empresa/1/investigacion/Presentación%20Dr%20Manuel%20J%20Cárdenas%20en%20la%20Paz%20Bolivia%20UNCTAD.pdf> [1.12.2011]
- CÁRDENAS ZORRO, M.J (Dir.), SABOGAL, A.F., SAAVEDRA, S.J. *Debilidades de la normatividad y barreras regulatorias para el desarrollo del comercio electrónico en Colombia*. Grupo de Investigación Competitividad y mercados. Cuadernos de Investigación. Escuela de Administración. Universidad Sergio Arboleda. 2011.
- CARDENAS ZORRO, M.J. *De la sociedad industrial a la sociedad post industrial. Reflexiones con relación al caso colombiano*. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2010.
- CARDENAS ZORRO, M.J. *Cuál es la situación del comercio electrónico en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2009
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI*. En: Anales de Derecho. Universidad de Murcia. No. 22. 2004. Disponible en línea:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/80941> [20.08.2011]
- CASTELLANOS RUIZ, E. *Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales*. En AA.VV. Nueva lex mercatoria

y contratos internacionales. Directores: OVIEDO ALBÁN, J; CALVO CARAVACA, A.L. Tomo 2. Colección Derecho Privado y Globalización. Bogotá. Ibáñez. 2006.

CASTELLS, M. ¿Hacia el Estado Red? Ponencia presentada en el Seminario sobre “Sociedad y reforma del Estado”, organizado por el Ministerio de Administracao Federal e Reforma Do Estado, República Federativa do Brasil. Marzo 1998. Disponible en línea:

http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/CASTELLS.PDF [10.08.2011]

CASTILLO FREYRE, M., MARTÍN HORNA, P. *Tratado de la teoría general de los contratos*. Volumen 1. Fondo Editorial PUCP, 2002. Disponible en:

[http:// books.google.com.co / books?id = ODPjkN0WyCUC&printsec = frontcover&hl = es#v = onepage&q&f = false](http://books.google.com.co/books?id=ODPjkN0WyCUC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false) [30.10.2011]

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*. IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Chile. 1 de junio de 2007. XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. 10 de noviembre de 2007. Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago. Disponible en línea:

[http:// www. gobiernoenlinea. ve / documentos / CartaIberoamericanadeGobiernoElectronico.pdf](http://www.gobiernoenlinea.ve/documentos/CartaIberoamericanadeGobiernoElectronico.pdf) [11.09.2011]

CHANDA, N. ¿Qué es la Globalización? Yale Global Online. 2002. Disponible en línea. Yale Global Online:

<http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=5852> [06.08.2011].

CHILLÓN MEDINA, J. Ma. *El derecho ante Internet y la sociedad de la información*, en Derecho Internacional de los negocios, Alcances, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

CLARO SOLAR, L. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. T. XI. De las obligaciones II. Editorial Jurídica de Chile. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1992.

COMISIÓN PARA EL SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (CODESI). *Se aprobó proyecto de ley sobre identidad digital y expediente electrónico*. Noticias del Portal. Disponible en línea:

http://www.codesi.gob.pe/titulares/TitularesView.php?cod_noticia=50 [18.09.2011]

CONFECAMARAS. *Registro Único Empresarial*. Disponible en línea: www.rue.com.co [11.09.2011]

CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CONATEL). *Misión*. Disponible en línea:

http://www.conatel.gob.ec/site_conatel/index.php?option=com_content&view=article&id=50&Itemid=340 [11.09.2011].

CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN ECONÓMICA (CONQUITO). *Las tecnologías de la información y las comunicaciones en la competitividad de Quito*. Alcaldía Metropolitana de Quito. 2007. Disponible en línea:

http://www.conquito.org.ec/expoinvquito/remos_downloads/Las_TIC_UIO.pdf [11.09.2011]

COUDERT, F. *Ficheros privados con régimen especial. Parte II. Publicidad y proyección comercial*. En AA.VV. Estudio práctico sobre la protección de datos de carácter personal. Madrid. Lex Nova. 2007. Pág. 559. Disponible en línea:

<http://books.google.com/books?id=jFjzsUqwMQkC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011]

CRUCILAEGUI, J.S.J. *Contrato de compraventa internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*. Navarra (España): Thomson: Civitas. 2005.

CUBIDES CAMACHO, J.; CUBIDES DELGADO, J. *Obligaciones*. Bogotá D.C. Pontificia Universidad Javeriana. 1999.

CUENCA GÓMEZ, P. *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en línea:
<http://www.uv.es/CEFD/15/cuenca.pdf> [23.10.2011]

CUMBRE MUNDIAL SOBRE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. *Compromiso de Túnez*. Organización de Naciones Unidas. 2006. Disponible en línea:
<http://www.itu.int/wsis/docs2/tunis/off/7-es.html> [13.08.2011]

DÁVARA Y DÁVARA. *Comercio electrónico*. 3ª edición. Navarra. Thompson Aranzadi. 2004.

DE JESÚS CUEVAS, E. *Principios constitucionales de las acciones de grupo*. En AA.VV. REVISTA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA. No. 338. Bogotá. Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2008.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. *Contratación Comercial Internacional*. AA.VV. DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES. (Primera Edición). Madrid (España). Iustel. 2007.

DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho del comercio electrónico*. México: Porrúa. 2005.

- DE MIGUEL ASENSIO, P. *Algunas tendencias jurídicas de la globalización. Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad. Colección Escuela Diplomática. No. 7. Madrid. 2003.*
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. *Derecho privado de internet, 3ª. Ed, Madrid, Civitas, 2002.*
- DIEZ PICAZO, L. *Artículo 14. En AA.VV. La compraventa internacional e mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. Madrid. Civitas. 2007.*
- DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato. Madrid. Thomson Civitas. 2007.*
- DIEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Vol. I. Madrid. 1983.*
- DI MATTEO, L.A.; DHOOGHE, L.; GREENE, S.; MAURER, V.; PAGNATTARO, M. *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. Northwestern University School of Law. 34 Northwestern Journal of International Law and Business. 2004. Págs. 299-440. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html#iii> [14.11.2011]*
- DREYZIN DE KLOR, A. *Derecho aplicable al comercio electrónico. En AAVV. Nueva lex mercatoria y contratación. Globalización y Derecho privado. 2005. Disponible en línea: <http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/derecho%20aplicable.pdf> [03.09.2011].*
- DURANY PICH, S. *La formación del contrato. Universitat Pompeu Fabra. Tesis Doctoral. Dirigida por: Pablo Sanvador Coderch. Barcelona. 1993.*

- DWORKIN, R. *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona. Gedisa. 1992.
- EMILIANI ROMÁN, R. *Curso Razonado de las obligaciones*. Tomo I. La obligación civil y sus fuentes voluntarias. Santa Fe de Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda. 2001.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Apéndice a la obra Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, Art. 145. 1955.
- ESPINOSA QUINTERO, L. *La unificación y modernización del Derecho de las obligaciones y contratos en Colombia*. Encuentro de Investigación en Derecho Privado, “Nuevas Formas de Obligaciones y Contratos”. 22 de Septiembre de 2011. Universidad Sergio Arboleda. Disponible en línea:
[http:// www.usergioarboleda.edu.co / derecho-privado / presentacion-La %20unificaci %C3%B3n %20y %20 modernizaci% C3%B3n%20del% 20Derecho% 20de%20las%20 obligaciones%20y%20contratos%20en%20Colombia.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho-privado/presentacion-La%20unificaci%C3%B3n%20y%20modernizaci%C3%B3n%20del%20Derecho%20de%20las%20obligaciones%20y%20contratos%20en%20Colombia.pdf) [6.11.2011]
- ESPINOSA QUINTERO, L. *Algunos aportes, respecto del documento GECTI No. 10*. Comunicación dirigida a Nelson Remolina Angarita. 15 de marzo de 2010. Disponible en línea:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/carta_algunos_aportes.pdf [15.10.2011]
- ESPINOSA QUINTERO, L. *Principio de autonomía de la voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano*. Revista Civilizar, Vol. 9, Núm. 16, enero-junio, 2009, pp. 15-39. Universidad Sergio Arboleda. Disponible en línea:

<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/1002/100212247003.pdf>
[22.10.2011]

ESPINOSA QUINTERO, L. *El “elemento internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. Contribución para su discusión.* En AA.VV. Estudios Sobre El Derecho De Los Contratos Internacionales. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. 2009.

ESPINOSA QUINTERO, L. *¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* Tesis de maestría. Universidad Sergio Arboleda. 2008.

ESPINOSA QUINTERO, L. *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado.* Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 2008.

ESTIGARRIBIA BIEBER. M.L. *La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales.* En AA.VV. Contratos. Derecho Privado y Globalización. Tomo III. Director: OVIEDO ALBÁN, J. Bogotá. Ibáñez. 2008.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS S. L.; SCOTTI, L.B. *Armonización legislativa en el Mercosur: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado.* XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 2005.
[Disponible en línea:

<http://www.caei.com.ar/es/programas/di/d11.pdf> [15.10.2011]

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho de los Negocios internacionales.* En AA.VV. *Derecho de los negocios internacionales*). Iustel, 2007.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Consejo General del Notariado. 2004.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Revista del colegio de Notarios del Estado de México*. 2000.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. *Art. 528. Instrumentos especiales de información*. En AAVV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Rojo, A.; Beltrán, E. Thomson Reuters. Civitas. 2011. Págs. 3413.
- FERRI, L. *La Autonomía Privada*. Granada. Comares. 2001. Pág. 145.
- FIELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. *Reconocimiento del principio de la Buena fe en la esfera internacional*. En AA.VV. *Tratado de la Buena Fe en el derecho*. Buenos Aires. La Ley. 2009.
- GALÁN BARRERA, D.R. *La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. 2004, vol. 20. No. 9
- GALÁN BARRERA, D.R. *La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano*. Criterio Jurídico N° 3. Pontificia Universidad Javeriana Cali. 2003. Disponible en línea: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera2.html>[27.08.2011]
- GALÁN BARRERA, D.R. *El ámbito de aplicación en la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. En: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, No. 40, noviembre 2002, Trujillo, Editora Normas Legales S.A.C. Disponible en línea:

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera2.html>
[27.08.2011]
- GALGANO, F. *El Negocio Jurídico*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1992.
- GALGANO, F. *La globalización en el espejo del derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culcioni. 2005. Págs. 105 a 115.
- GARCÍA COSO, E. *Módulo de Introducción a la Unión Europea*. Maestría en Derecho. Universidad Sergio Arboleda. 2008.
- GARCIA COSO, E. *El futuro de la contratación electrónica de las administraciones públicas en la Unión Europea*. En AAVV. Contratación electrónica. Bogotá D.C. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006.
- GARCÍA COSO E. *La UE y los operadores de telecomunicaciones (protección del consumidor y competencia en el mercado global del comercio electrónico)*, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001. Pp. 109-156.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ. T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Octava Edición. Editorial Civitas. Madrid.
- GARCÍA LÓPEZ, E. *Prólogo a la traducción al español de: POCOCK, J.G.A. El momento maquiavélico: El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*. Madrid. Tecnos. 2008.
- GARCÍA MÁS, F. J. *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. Valladolid, Lex Nova, 2004.
- GARCÍA MESTANZA, J. *Impulso al desarrollo de la sociedad de la información. el DNI electrónico como catalizador*. Revista de Economía Industrial. No. 370. 2008. Disponible en línea:

<http://www.mityc.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/370/111.pdf>
[18.09.2011]

GARRIDO CORDOBERA, L.M.R. *La buena fe como pauta de interpretación en los contratos*. En AA.VV. Tratado de la Buena Fe en el derecho. Buenos Aires. La Ley. 2009.

GARRO, A. *Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, Conferenze e seminari. 1993. Disponible en:
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro5.html>
[15.10.2011]

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Teoría general del contrato*. En AA.VV. Lecciones de derecho civil aplicable en Cataluña. Universidad Autónoma de Barcelona. 2003.

GÓMEZ, A. I.; REMOLINA ANGARITA, N. *Los sistemas de información biométrica y la información biométrica desde la perspectiva de la protección de datos personales*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

GÓMEZ SEGADE, J.A. *Comercio Electrónico en Internet*. En AA.VV. El comercio electrónico en la sociedad de la información). Marcial Pons. 2001.

GÓMEZ VÁSQUEZ, C. *El principio de conservación del contrato en el derecho contractual internacional (análisis dogmático y contextual)*. Ambiente jurídico. Universidad de Manizales. 2006. Pág. 9. Disponible en línea:
<http://es.calameo.com/read/00032500554ce3efebb72> [6.11.2011].

- GONZÁLEZ GONZALO, A. *La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. Granada: Comares. 2004.
- GORENA BELLING, L.F. *La legislación del comercio electrónico de los servicios profesionales en la Comunidad Andina*. Biblioteca Digital Andina. Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia. 2004. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/BDA/docs/BO-INT-0002.pdf> [03.09.2011].
- GRUN, E. *Una Visión sistémica y Cibernética del Derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1995.
- GRUPO DE ESTUDIOS EN INTERNET, COMERCIO ELECTRÓNICO, TELECOMUNICACIONES E INFORMÁTICA (GECTI). *Documento GECTI 02. Necesidad de regulación del derecho fundamental al habeas data (protección de los datos personales de los colombianos)*. 14 de julio de 2004. Universidad de los Andes. Disponible en línea: <http://www.habeasdata.org.co/wp-content/uploads/2010/11/documentos-gecti-proteccion-de-datos-personales.pdf> [6.11.2011]
- GUERRA, M. JORDÁN, V. *Políticas públicas de Sociedad de la Información en América Latina: ¿una misma visión?* Organización de Naciones Unidas. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2010. Disponible en línea: <http://www.eclac.org/ddpe/publicaciones/xml/1/39181/W314Esp.pdf> [19.09.2011]
- HILBERT, M.; BUSTOS, S. Y FERRAT, J.C. *Estrategias nacionales para la sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-. 2003. Disponible en línea:

<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/13815/Estrategias.pdf> [3.09.2011].

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> [27.08.2011]

ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la contratación electrónica*. 2da Edición. Madrid. Thomson Reuters (Aranzadi). Civitas. 2009. Págs. 33-35.

ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, M.P. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Universidad Carlos III. Madrid. Ramón Areces. 2003.

ILLESCAS ORTIZ, R.; PERALES VISCASILLAS, P. *El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática*. En AAVV. Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO –UNIDROIT-. *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. 2010. Disponible en línea:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> [30.10.2011].

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. 2004. Disponible en línea:

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. *Comentarios oficiales a los principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit*. Art. 2.1.3. Disponible en línea:

<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13637&x=1> [6.11.2011]

IRIARTE AHON, E. *Comercio Electrónico en América Latina: Realidades y Perspectivas*. Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe. 18 de octubre de 2006. Disponible en línea:

http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico-1.pdf [14.08.2011]

IRIARTE AHON, E. *Estado situacional y perspectivas del derecho informático en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Organización de Naciones Unidas. 2005. Disponible en línea:

<http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloProductivo/5/LCW25/LCW25.pdf> [11.09.2011].

IRIARTE AHON, E. *Sociedad de la Información: Políticas y Regulación en América Latina y el Caribe ¿hacia donde vamos los profesionales en Derecho y Nuevas Tecnologías?*. Revista de derecho informatico Alfa-Redi. 2005. Disponible en línea:

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=3917> [03.09.2011]

IRIARTE AHON, E. *Informe sobre Comercio electrónico en América Latina*. Monitor de políticas TIC en América Latina y el Caribe. 2003. Disponible en línea:

http://lac.derechos.apc.org/investigacion/comercio_electronico.doc [03.09.2011].

JARAMILLO VARGAS, J.A.; MARTÍNEZ GRANADOS, A.M. *Formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: aplicación en el derecho colombiano*. Revista E-Mercatoria. Volumen 2. Número 2. 2003. Disponible en línea:

<http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen2/pdf02/formacion.pdf> [6.11.2011]

JIJENA LEIVA, R.J. *Documentos, Firmas Electrónicas y Entidades Certificadoras: Contenido y Alcances de un Proyecto de Ley para Bolivia*. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. 2006. Disponible en línea:

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=6506> [4.09.2011]

JORDAN, V.; HILBERT, M.(Coord.); OLAYA, D; PARADA, S., PERES, W.; LIRA, F. *Monitoreo del eLAC2007: avances y estado actual del desarrollo de las sociedades de la información en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América latina (CEPAL).; IDRC. ICA; CE, 2007. 143p. (LC/W, 151). Disponible en línea:

<http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/29945/P29945.xml&xsl=/ddpe/tpl/p9f.xsl&base=/socinfo/tpl/top-bottom.xsl> [04.09.2011]

JOSSERAND, L. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. 1. Teoría general de las obligaciones. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América: Bosch y Cía. 1950.

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Guía del comercio electrónico para el consumidor comprar por internet: fácil, rápido y seguro*. Observatorio Regional de la Sociedad de la Información (ORSI). 2009. Disponible en línea:

http://www.dipsanet.es/juventud/img_pub/2010/100303_GuiaComercioElectronico.pdf [22.10.2011]

JURADO VARGAS, R. *Diagnóstico de las políticas de TIC en el Ecuador*. Facultad latinoamericana de Ciencias Sociales Flacso-E. Corporación gestión Social del Desarrollo. Quito. 2005. Disponible en línea:

http://www.flacso.org.ec/docs/diagnostico_tic.pdf [11.09.2011]

KATZ, J.M. Y HILBERT, M. *Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-. 2003. [Disponible en:
<http://www.cepal.cl/publicaciones/xml/9/12899/lcg2195e2.pdf>
[03.09.2011]

KATZ, R. *El papel de las TICs en el Desarrollo. Propuesta de América latina a los retos económicos actuales*. 2009. Disponible en:
http://cedoc.infod.edu.ar/upload/El_Papel_de_las_TIC_en_el_Desarrollo_Katz.pdf [04.09.2011]

KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. Porrúa. 1995. Pág. 260.

KOZOLCHYCK, B. *La contratación comercial en el derecho comparado*. Madrid. National Law Center for Inter-American Free Trade. Editora de Publicaciones Científicas y Profesionales. Universidad Carlos III de Madrid. 2006.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2 Ed. 1993.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Sobre la perfección de los contratos y el código civil*. En AA.VV. Homenaje al profesor Juan Roca Juan. Editum. Universidad de Murcia. Pág. 408 y siguientes.
Disponible en línea: <http://books.google.com/books?id=b5-VW6OdzWC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
[5.11.2011].

LANDAÉZ OTAZO, L. *Reflexiones para la comprensión de la Tecnología de la información y la comunicación (Internet, comercio electrónico y leyes de la materia)*. Anuario. No. 29. 2006. Disponible en línea:
<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc29/art9.pdf>
[20.08.2011]

- LATORRE GAMBOA, C.A. *Síntesis Histórica de Derecho Romano*. Bogotá D.C. Universidad Autónoma de Colombia. 1995.
- LEE, R. J. *Strict Compliance and the Fraud Exception: Balancing the Interests of Mercantile Traders in the Modern Law of Documentary Credits*. MqJIBLaw 7. 2008. Macquarie Journal of Business Law. Disponible en línea:
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqJIBLaw/2008/7.html> [20.08.2011]
- LÓPEZ MEDINA, D.E. *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá D.C. Legis, 2004.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M. *Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica*. En: Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales. Directores: OVIEDO ALBÁN, J.; CALVO CARAVACA, A. Tomo 2. Colección Derecho Privado y Globalización. Ibáñez. 2006.
- LORENZETTI, R.L. *Comercio Electrónico*. En AA.VV. El comercio electrónico. La teoría general). Temis y ARA Ediciones. 2003.
- MADRID PARRA, A. *Los contratos electrónicos y los contratos informáticos*. Memorias. II Congreso Internacional de Derecho Comercial. Colegio de Abogados Comercialistas. Bogotá D.C. 2010. Págs. 188.
- MADRID PARRA, A. *Tramitación y contenido de la ley modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas*. En AA.VV El contrato por medios electrónicos. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003.
- MADRIÑAN DE LA TORRE, R. E. *Principios del Derecho Comercial*. 6ª Edición. Santafé de Bogotá: Temis S.A. 2000.

- MANS PUIGARNAU, J.M. *Los principios Generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*. Barcelona. Bosch. 1979. Pág. XXVII
- MARQUEZ, J.F. *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Anuario de Derecho Civil. Universidad Católica de Córdoba. T. VII. 2002. Pág. 63. Disponible en línea: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/elementos-de-la-contratacion-electronica.-el-acuse/> [20.08.2011]
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. *La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2000.
- MARTÍNEZ NADAL, A. *Firma electrónica, certificados y Entidades de Certificación*. Revista de la Contratación Electrónica. Febrero de 2006.
- MARTÍNEZ NEIRA, N.H. *Seis lustros de jurisprudencia mercantil*. En Estudios de Derecho Económico (Tomo 1). Bogotá. Universidad de la Sabana. 2003
- MATTELART, A. *Historia de la sociedad de la información*. Nueva edición. Paidós Ibérica. 2007. Disponible en línea: http://books.google.es/books?id=L1oG4tA6L4QC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false [10.08.2011]
- MENDOZA RAMÍREZ, A. *Principios generales del derecho comercial*. En: OVIEDO ALBÁN, J. (coord.). Derecho comercial en el siglo XXI. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana. Temis. 2008
- MENÉNDEZ MATO, Juan C. *La Oferta Contractual*. ed. Aranzadi, Pamplona, 1998

- MONCAYO RODRÍGUEZ, S. *La consensualidad de los contratos en el Derecho Romano*. Revista Letras Jurídicas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana. Disponible en línea:
<http://www.letrasjuridicas.com/11/moncayo11.pdf>
- MONROY RODRÍGUEZ, J.C. *Explicación del proyecto de ley 241 por el cual se quiere regular la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracciones al derecho de autor*. Foro Académico: Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en Internet. 20 de octubre de 2011. Universidad Sergio Arboleda. Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- MORENO MOREJON, F. *El perfeccionamiento de los contratos*. Apuntes Jurídicos. Disponible en línea:
http://www.apuntesjuridicos.com.ec/download/noticias/723_DOC_OTRO.pdf
- MORENO ORTIZ, L.J. *El riesgo constitucional en los negocios*. Artículo presentado en el marco de la conferencia “Aspectos actuales del Derecho Privado” en el programa de Doctorado en derecho de la Universidad Sergio Arboleda. 2011. [trabajo inédito]
- MUÑOZ LAVERDE, S. *El problema de la consensualidad en la promesa mercantil de celebrar contrato*. En Estudios de Derecho Económico (Tomo 1). Bogotá. Universidad de la Sabana. 2003.
- MURIEL CICERI, J.H. *Características de la unificación del derecho internacional privado de las obligaciones contractuales en Europa y américa latina y el apremio de una modernización del derecho privado colombiano frente al derecho internacional privado contemporáneo*. En AA.VV. Estudios de Derecho de los Contratos Internacionales. Universidad Sergio Arboleda. 2010.

- MURRAY, A. D. *La regulación de los contratos electrónicos: una comparación entre la posición europea y la norteamericana*. En AA.VV. Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil. Núm. 2. Bogotá. Legis. Enero-Marzo 2004.
- NARVÁEZ GARCÍA, J.I. *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogotá. Temis. 2002.
- NETWORK FOR TEACHING INFORMATION SOCIETY [NET-IS]. *Information Society from theory to political practice*. Gondolat Kiadó. 2008. Disponible en línea:
http://www.ittk.hu/netis/doc/NETIS_Course_Book_English.pdf [12.08.2011].
- NEWMAN RODRIGUEZ, S. *Aproximación a la formación del contrato electrónico en la legislación española*. Revista Ventana Legal. 2001. Disponible en línea:
http://www.ventanalegal.com/revista_ventanalegal/aproximacion.htm [6.11.2011]
- NOGUERA LABORDE, R. *Introducción General al Derecho*. Bogotá D.C., Universidad Sergio Arboleda. 2002.
- NOODT TAQUELA, M. B. *Reglamentación de los contratos internacionales en los Estados mercosureños*. En AA.VV. Derecho Internacional Privado de los Estados del mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Fernández Arroyo, D. (Coord.) Buenos Aires. Zabalia. 2003. Disponible en línea:
<http://es.scribd.com/doc/6750361/Arroyo-Diego-Fernando-Derecho-Internacional-Privado-de-Los-Estados-Del-Mercosur> [20.08.2011]

NORTH AMERICAN CONSUMER PROJECT ON ELECTRONIC COMMERCE (NACPEC). *Preguntas Más Frecuentes Acerca del Correo Comercial No Solicitado (Spam) y el Phishing*. Disponible en línea:

<http://www.nacpec.org/es/faq.html> [6.11.2011]

OLIVERA, N. *En busca de la lex retialis*. Revista de derecho informático Alfa-Redi. febrero de 2008. Disponible en línea:

www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10130 [20.08.2011].

OLIVERA, N.; PROTO, A. *La Juridicidad en la Sociedad de la Información ¿Qué pasa cuando el Legislador se abstiene?* Revista de derecho informático Alfa-Redi. 2006. Disponible en línea:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2152856> [11.09.2011]

ORDUÑA MORENO, F.J. *Derecho de la contratación y condiciones generales*. En: Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Universidad de Cantabria. 2003. Disponible en línea:

<http://books.google.com/books?id=nJXvmm4rw6YC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [14.11.2011]

ORDUZ MEDINA, R. *El comercio electrónico en cifras*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 2011. [material inédito]

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Convención sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente*, New York, 1995.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. *Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999)*. Nueva York. 2003. Disponible en línea:

- http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_sp.pdf [23.10.2011]
- ORTEGA DÍAZ, J.F. *Contratación, notarios y firma electrónica. Una propuesta de modernización para el notariado latino*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. 2010.
- OVIEDO ALBÁN, J. *El contrato de promesa en el Derecho Privado colombiano*. Bogotá D.C. Ediciones Depalma, 2010.
- OVIEDO ALBÁN, J. *La formación del contrato*. Bogotá. Universidad de la Sabana. 2008.
- OVIEDO ALBÁN, J. *Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes, estructura y fuentes*. Bogotá D.C.: Ibáñez. 2008.
- OVIEDO ALBÁN, J. *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales*. Revista International Law. Universidad Javeriana. N° 7. Págs. 11-59. 2006. Disponible en:
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/Oviedo1correg_001.pdf [07.10.2012]
- OVIEDO ALBÁN, J. *Aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. 2004. Facultad de Ciencias Jurídicas. Disponible en línea
http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/international_law/revista_4/3.pdf [27.08.2011]
- OVIEDO ALBÁN, J. *Instituciones jurídicas en procesos de integración y globalización: la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Universitas. 2003. Disponible en línea:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/463-552.pdf [7.11.2011]

OVIEDO ALBÁN, J. *La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2002. Disponible en línea:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlbán3.html#iv> [27.08.2011]

OVIEDO ALBÁN, J. *Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. Mayo de 2001. Disponible en línea:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Albán.html#7> [30.10.2011]

OVIEDO ALBÁN, J.; POSADA NUÑEZ, L.; URBINA GALIANO, L. *La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas)*. Universitas. Pontificia Universidad Javeriana. No. 96. 1999. Disponible en línea:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoAlbán1.html#8> [30.10.2011]

PÁJARO MORENO, N. *Autonomía Privada y Constitucionalización del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2006.

PEÑA NOSSA, L. *De los contratos mercantiles: nacionales e internacionales. Negocios del empresario*. Bogotá D.C.: Universidad Católica de Colombia: ECOE. 2006. Disponible en línea:

http://books.google.com/books?id=_-cM5bG7e8cC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false [6.11.2011].

PEÑA NOSSA, L. REMOLINA ANGARITA, N. *De los Títulos Valores y de los Valores en el Contexto Digital* (Primera ed.). Bogotá, Temis. 2011

PERALES VISCASILLAS, M.P. *Publicidad y Formación del Contrato. La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference*. Revista de Contratación Electrónica. Núm. 100. 2009. Disponible en:

http://vlex.com/vid/oacute-nica-draft-frame-reference-57446028?ix_resultado=23.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=ColeccionTipo&query%5Bphrase%5D=formacion%3Bn+del+contrato [6.11.2011]

PERALES VISCASILLAS, M.P. *El contrato de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 2001. Disponible en línea:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#civ> [6.11.2011]

PERALES VISCASILLAS, M. *El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de Unidroit*. 1999. Disponible en línea:

http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html#nota* [14.11.2011].

PERALES VISCASILLAS, M. P. *Formación*. En AA.VV: Comentario a los principios Unidroit para los contratos del comercio internacional. Madrid. Aranzadi. 1999.

PERALES VISCASILLAS, M. P. *La “batalla de los formularios” en la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit*. Pace Law School Institute of International Commercial Law. 1998. Disponible en línea:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/laley.html> [14.11.2011]

PEREA, I.F. *Gobierno Electrónico: Nuevas disposiciones sobre firma digital en el ámbito de la Administración pública peruana*. Revista de Derecho Informático Alfa Redi. No. 117. 2008. Disponible en línea:

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10299>
[15.10.2011]

PÉREZ JURADO, G. *Firma digital y sus implicancias en la despapelización del sector público*. 5° Congreso Argentino de Administración Pública. San Juan, Mayo de 2009. Disponible en línea:

www.aaeap.org.ar/ponencias/congreso5/ponencias_completas/PEREZ%20JURADO,%20GASTONFirma%20digital%20y%20sus%20implicancias%20en%20la%20despapelizacion%20del%20sector%20publico.doc [30.10.2011]

PINOCHET OLAVE, R. *La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte II: La aceptación electrónica. ¿Contratantes electrónicos contratantes presentes o ausentes?* Revista Ius et Praxis. 11. 2005. Pág. 55 – 92. Disponible en línea:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122005000100004&script=sci_arttext [6.11.2011]

PLANIOL, M. & RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo sexto. Las obligaciones (Primera parte). Habana: Cultural S.A. 1936.

RADBRUSCH, G. *Introducción a la filosofía del derecho*. México D.F. Fondo de cultura económica. 1947 Disponible en línea:

http://books.google.es/books?id=ySRP_YTemq4C&pg=PA40&sig=ACfU3U3HfKM3jXjiwhwb

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Disponible en línea:

- <http://buscon.rae.es/draeI/> [7.11.2011]
- REALE, M. *Introducción al Derecho*. (Quinta Edición). Madrid, España. Ediciones Pirámide. 1982.
- REMOLINA ANGARITA, N. *¿Pensar en las necesidades del país o mantener a ultranza un statu quo para la firma digital de las entidades de certificación abierta –ECA-? Documento GECTI No. 10*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes. 2010. Disponible en línea:
http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/documento_GECTI_10_firmas_electronicas_marzo_2010.pdf [15.10.2011]
- REMOLINA ANGARITA, N. *¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo? International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010. Págs. 489-524. Disponible en línea:
<http://www.habeasdata.org.co/wp-content/uploads/2010/08/colombia-y-nivel-adecuado-de-proteccion-de-datos-nelson-remolina-il-julio-de-2010.pdf> [6.11.2011]
- REMOLINA ANGARITA, N. *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*. Universidad de los Andes. 2006. Disponible en línea:
<http://gecti.uniandes.edu.co/docs/comercio%20elect%20Remolina.pdf> [21.08.2011].
- REUSSER MONSÁLVEZ, C. P. *¿Qué es la Sociedad de la Información? Revista de Derecho Informático Alfa Redi*. 2003. Disponible en línea:
<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1307> [10.08.2011]
- REY, P.; GONZÁLEZ, T. *El arbitraje y las nuevas tecnologías*. En AAVV. *Derecho & TIC 10.0*. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011

- RICHARD, E. H. *Globalización económica y lex mercatoria*. Congreso Internacional “Los desafíos del derecho frente al siglo XXI”. Universidad Central de Chile. Santiago de Chile, 26 al 30 de agosto de 2002. Disponible en línea. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba:
<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artglobalizaacioneconomicalexmercatoria> [06.08.2011].
- RICO, M. *La protección de consumidores y usuarios de instrumentos de pago electrónico en el derecho comunitario europeo*. En AAVV. Derecho & TIC 10.0. Gecti. 1ª ed. Bogotá, Temis. 2011
- RINCÓN CÁRDENAS, E. *Transacciones electrónicas, firmas digitales o electrónica y autenticación*. Seminario de comercio electrónico en los Tratados de Libre Comercio en que participa Colombia. Bogotá. Universidad Sergio Arboleda. 30 de noviembre 2011.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. *Sobre el proyecto de reglamentación de firmas electrónicas*. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 289, 2010, p. 14-15.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. *Discusiones alrededor de la firma digital*. Periódico Ámbito Jurídico, núm. 281, 2009
- RINCÓN CÁRDENAS, E. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Universidad del Rosario. 2006.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. *Contratación electrónica*. Bogotá D.C.. Universidad del Rosario. 2006.
- RINCÓN CÁRDENAS, E. Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información. *Revista de Estudios socio-jurídicos*. 2004. Disponible en línea:
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73360215>. [13.08.2011]

RÍOS RUIZ, W.R. *Escenario y Marco Legal de la Factura Electrónica en Colombia*. Revista Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes. 2007. Disponible en línea:

<http://derechoytics.uniandes.edu.co/contenido/articulos.php?numero=3&idarticulos=23&tipos=Ensayos> [21.08.2011].

RIVERA CORTÉS, L.A. *Procedimiento administrativo electrónico*. Tesis de Maestría. Dir. Érick Rincón Cárdenas. Universidad del Rosario. 2011.

RODRÍGUEZ ALEMÁN, R. *El empoderamiento de las mujeres del sur en la Red: Realidad o Quimera*. En AA.VV. AGUIAR PERERA, M.V., FARRAY CUEVAS J.I. (Cord.) Sociedad de la Información, educación para la paz y equidad de género. NetBiblo. 2007. Disponible en línea:

http://books.google.com.co/books?id=QKn9ZtZUOWIC&printsec=frontcover&hl=es&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false [20.08.2011].

RODRÍGUEZ AZUERO, S. *Referencias a la contratación bancaria electrónica en Colombia*. En AAVV. Contratos Electrónicos. Universidad del Rosario. 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.S. *instituciones de Derecho mercantil. Volumen II*. 34ª Edición. Thomson Reuters. Aranzadi. 2011.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, V. *La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid. La ley. 2007. Págs. 327. Disponible en línea:

<http://books.google.com/books?id=4m-L-isdmqAC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> [6.11.2011].

SÁNCHEZ SARAVIA, R. *Fundamentos Plan Nacional de Inclusión Digital. Programa Nacional de Inclusión Digital*. 13 de abril de 2009. Disponible en línea:

<http://www.slideshare.net/Webprende.com/p-r-e-s-e-n-t-a-c-i-n-plan-nacional-de-inclusion-digital-en-bolivia> [11.09.2011].

SÁNCHEZ TORRES, C.A. *El estado constitucional en la globalización: garantía de derechos, ciudadanía y mercado en el contexto actual de reformas al estado*. Memorias 6. RED Grupos y Centros de Investigación socio jurídica. Disponible en línea:

http://www.redsociojuridica.org/estado_globalizacion.htm [13.08.2011].

SANDOVAL LÓPEZ, R. *Derecho del comercio electrónico*. Editorial jurídica de Chile. 2003.

SCHIPIANI, S. *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho –instituciones-*. Hinestroza, F. (trad.). Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1983.

SERRANO ACITORES, A. *El principio de conservación de los contratos frente a las figuras de la nulidad y la anulabilidad*. Noticias Jurídicas. 2010. Disponible en línea:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201006-83473947392.html> [6.11.2011]

SILVEIRA, M. *Repercusiones internacionales del comercio electrónico: el marco legal del comercio electrónico en América Latina y la necesidad de armonizar la normativa aplicable*. Revista de la contratación electrónica. 2001. Disponible en línea:

<http://europa.sim.ucm.es/compludoc/AA?a=Silveira%2c+Mariana+C%2e&donde=castellano&zfr=0>

- SOLARTE RODRÍGUEZ, A. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. En AA.VV. DERECHO PRIVADO Y GLOBALIZACIÓN. TOMO III. CONTRATOS. Ibáñez. 2008.
- SUESCÚN MELO, J. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Universidad de los Andes- Cámara de comercio de Bogotá. 1996.
- TOMASSINI, L. *Gobernabilidad y políticas públicas en América Latina*. Washington. Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. 1996. Disponible en línea:
<http://www.iadb.org/sds/doc/sgc-TOMASSINI-S.pdf>
[06.08.2011].
- TORRES ÁLVAREZ, H. *El sistema de seguridad jurídica en el comercio electrónico*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima (Perú). 2005.
- TORRES TORRES, A.Y. *Principios fundamentales del comercio electrónico y su desarrollo legislativo en Colombia y Latinoamérica*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Director: Rafael Illescas Ortiz.
- UMAÑA CHAUX, A.F. *Algunos comentarios sobre el principio del equivalente funcional en la ley 527 de 1999*. Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Bogotá. Universidad de los Andes. 2005. Disponible en línea:
http://derechoytics.uniandes.edu.co/pdfs/R1_A3.pdf
[8.10.2011].
- UMAÑA CHAUX, A.F. *Contratación electrónica internacional*. En AAVV. Contratación Electrónica. Bogotá D.C. Universidad del Rosario. 2006.
- UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA. *La crisis de las fuentes del derecho en un mundo globalizado*. Foro Internacional. 24 de abril de 2008.

- VALENCIA ZEA Arturo. *Derecho Civil. Tomo I Parte General y Personas*. Novena Edición. Bogotá. Temis. 1981 Pág.196.
- VEIGA COPO, A.B. *Póliza y Clausulado en el seguro, Caracteres y elementos del contrato*. Bogotá D.C. Universidad Sergio Arboleda. Diké. 2010.
- VEIGA COPO, A. B. *Condiciones en el contrato de seguro*. Granada. Comares, 2005.
- VEIGA COPO, A. B. La contratación electrónica del seguro. RDM. No. 244. 2002
- VEIGA COPO, A. *El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción de clausulados de contratos de seguro*. Madrid, La Ley, Núm. 6286, 1º de julio de 2005.
- VEIGA COPO, A. *La interpretación judicial de las condiciones del contrato de seguro*. Documento facilitado por correo electrónico para las conferencias a cargo del profesor VEIGA, como profesor visitante, en la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Programa Derecho Mercantil, Bogotá D.C., diciembre 15-16 de 2008. P. 43.
- VIDAL PORTABALES, J.I. *Sociedad de la Información y empresa*. Granada. Comares. 2011.
- VIGO, R.L. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 2006.
- ZIMMERMAN R. *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Londres. 1996.

JURISPRUDENCIA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA. *Sentencia No. 00408/2010*. 15 de julio de 2010. Caso número 439/10. Magistrados: Carlos Moreno Millan (Presidente), Juan Martínez Perez, Juan Antonio Jover Coy. Disponible en línea: <http://turan.uc3m.es/uc3m/dpto/PR/dppr03/cisg/sespan85.htm> [6.11.2011]

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL DE ARGENTINA. *Sentencia del 14 de octubre de 1993*. Inta S.A. v. MCS Oficina Mecánica S.p.A. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931014a1.html> [14.11.2011]

CIFUENTES Muñoz, E. *Salvamento de voto*. Sentencia C-347 del 23 de julio de 1997. Corte Constitucional de Colombia

CIFUENTES MUÑOZ, E.; MARTÍNEZ CABALLERO, A.; NARANJO MESA, V. *Aclaración de Voto*. Sentencia C-194 de 1995. Corte Constitucional. En la cual se estudia la exequibilidad de los artículos 45 -parcial- 47, 95 -parcial- y 96 -parcial- de la Ley 136 de 1994.

COMISIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO. *Sentencia del 29 de abril de 1996*. Conservas La Costeña S.A. de C.V. v. Lanín San Luis S.A. & Agroindustrial Santa Adela S.A. M/21/95. Argentina. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960429m1.html> [14.11.2011]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-598 de 2011. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1008 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-619 de 2009. M.P.
Jorge Iván Palacio Palacio

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1194 de 2008 M.P.
Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1198 de 2008. M.P.
Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 de 2006. M.P.
Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-312 de 2006. M.P.
Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-818 de 2005. M.P.
Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-056 de 2004. M.P.
Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-668 DE 2003. M.P.
MARCO GERARDO MONROY CABRA.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-423 de 2002. M.P.
Álvaro Tafur Galvis

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencias T-502 de 2002. M.P.
Eduardo Montealegre Lynett

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA; Sentencia C-1287 de 2001. M.P.
Marco Gerardo Monroy Cabra

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1147 de 2001. M.P.
Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-014 de 2001. M.P.
Martha Victoria Sáchica Méndez

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-1722 de 2000.
M.P. Jairo Charry Rivas

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1109 de 2000. M.P.
Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-529 de 2000. M.P.
Antonio Barrera Carbonel.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-662 de 2000. M.P.
Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-042 de 2000. M.P.
Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-660 de 1996. M.P.
Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-253 de 1996. M.P.
Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-367 de 1995. M.P.
José Gregorio Hernández Galindo

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-540 de 1995. M.P.
Jorge Arango Mejía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-544 de 1994. M.P.
Jorge Arango Mejía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-543 de 1992. M.P.
José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-460 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 109 del 25 de marzo de 2011. Expediente: No. 140-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 64 del 19 de Febrero de 2011. Expediente: No. 110-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE BOLIVIA. Sala Civil. Auto Supremo No. 314 del 20 de septiembre de 2010. Expediente: No. 89-06-S. M.R. Ángel Irusta Pérez

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 8 de septiembre de 2011. M.P. William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 16 de diciembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 1 de julio de 2008. M.P. William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil. 7 de febrero de 2008. M.P. William Namén Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL.
Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Expediente No.11001 3110
005 2004 01074 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil.
Sentencia del 4 de abril de 2001. Expediente 5716. M.P. Jorge
Antonio Castillo Rugeles.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil.
Sentencia del 12 de septiembre de 2000. Exp. 5397.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 8 de marzo de
1995. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Civil.
Sentencia del 13 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial No. 2407,
Pág. 610-623.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia de 16 de octubre
de 1980. M.P. Ricardo Uribe Holguín

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Sala Civil Permanente. Sentencia
del 2 de octubre de 2006. Exp. 2825-2006. C-19826-9.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR. Primera Sala de lo Civil y
mercantil. Sentencia del 5 de julio de 1996. Expediente No. 658-
94. R.O. 982.

MESÍA RAMÍREZ, ÁLVAREZ MIRANDA Y ETO CRUZ. *Voto singular en
sentencia. Exp. 04247-2010-PA/TC.* Tribunal Constitucional.
Bolivia. 2010. Disponible en línea: [http://www.tc.gob.pe/
jurisprudencia/2011/04247-2010-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04247-2010-AA.html) [20.08.2011].

RECHTBANK ROTTERDAM. *Sentencia del 31 de marzo de 2010*. Netherlands. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100331n1.html> [14.11.2011]

TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC. *Laudo del 4 de diciembre de 1996*. Rome. Recopilado en: *Il Diritto del commercio internazionale*, 1999, 465-474. Disponible en línea: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=631> [14.11.2011]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentencia 0141 del 17 de diciembre de 2004*. Expediente: 2004-10121-21-RDI. M. R. Elizabeth Iñiguez de Salinas.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 30 de enero del 2004*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 29 de enero del 2003*. Exp: 2185-2002-AA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentencia No. 998 del 16 de agosto de 2002*. Expediente: 2002-04799-09-RAC. M. R. José Antonio Rivera Santivañez;

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. *Sentencia No. 95 del 21 de diciembre de 2001*. Expediente: N° 2001-03136-07-RDI. M.R. José Antonio Rivera Santivañez

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Laudo arbitral de Ignacio Moreno Restrepo vs Rodrigo Ospina Hernández*. 15 de marzo de 1999. Árbitros: Ramón Madriñan de la Torre, Andrés Ordoñez Ordoñez y Hernán Fabio López.

U.S. DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Sentencia del 14 de abril de 1992*. Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corp. Disponible en línea: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920414u1.html> [14.11.2011].

NORMATIVIDAD

AGENCIA PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN BOLIVIA (ADSIB). *Antecedentes*. Disponible en línea: <http://www.bolnet.bo/adsibnueva/index.php> [11.09.2011]

COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. Agenda Digital para Europa. Comunicación de 19 de mayo de 2010. Dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Disponible en línea: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:ES:HTML> [27.08.2011]

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL -CNUDMI-. Situación actual. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. 2011. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [30.10.2011]

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónica. Naciones Unidas. 2009. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/08-55701_Ebook.pdf [15.10.2011]

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. 2005. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html [27.08.2011]

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html [21.08.2011]

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firma Electrónica con la Guía para su incorporación al derecho interno. 1996.

COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Recomendación sobre el valor jurídico de la documentación informática. 1985. Disponible en línea: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html [21.08.2011]

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Declaración de Lima. ELAC 2015 Construyendo sociedades digitales inclusivas e innovadoras. Tercera Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América latina y el Caribe. 23 de noviembre de 2010. Disponible en Línea: http://www.eclac.org/socinfo/noticias/documentosdetrabajo/3/41773/2010-876-eLAC-Declaracion_de_Lima.pdf [11.09.2011]

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). Programa Sociedad de la Información. World Telecommunications Indicators Database. 2008. Publicados por Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC). Monitor de Políticas TIC en América Latina y el Caribe (ALC). Disponibles en línea: http://derechos.apc.org/lac/es.shtml?apc=se_1 [18.09.2011]

COMISIÓN MULTISECTORIAL PARA EL SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL PLAN DE DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN EL PERÚ. Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú. La Agenda Digital 2.0. Decreto Supremo No. 066-2011-PCM. 2011. Disponible en línea: http://www.codesi.gob.pe/docs/AgendaDigital20_28julio_2011.pdf [17.09.2011]

COMUNIDAD ANDINA. Decisión 645 de 2006. Disponible en línea: <http://www.comunidadandina.org/exterior/Chile.htm> [04.09.2011]

COMUNIDAD ANDINA. Decisión 613 de 2005, Disponible en línea: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D613.htm> [04.09.2011]

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia*. Documento CONPES 3620. 9 de Noviembre de 2009. Disponible en línea: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Dq41vHb2cFI%3D&tabid=907> [1.12.2011]

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Código Civil. Bolivia.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Código de Comercio. Bolivia.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Plan Nacional de Desarrollo “Bolivia digna, soberana, productiva y democrática para vivir bien” Lineamientos Estratégicos*. Decreto Supremo No.29272. 2007. Disponible en línea: [www.cienciaytecnologia.gob.bo /PLANCITI / PNDGacetaOficialBolivia.doc](http://www.cienciaytecnologia.gob.bo/PLANCITI/PNDGacetaOficialBolivia.doc) [11.09.2011]

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. *Proyecto vive digital Colombia*. 2011. Disponible en línea: <http://vivedigital.gov.co/index.php> [11.09.2011]

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. *Computadores para Educar*. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2000. Disponible en línea: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/index.jsp?id=2971> [11.09.2011]

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. *Programa Compartel*. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2004. Disponible en línea: <http://archivo.mintic.gov.co/mincom/faces/index.jsp?id=2971> [11.09.2011]

MINISTERIO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. *Agenda de Conectividad*. Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 2000. Disponible en línea: <http://67.18.244.130/~colombia/spip.php?rubrique12> [11.09.2011].

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES; CENTRO DE INVESTIGACIONES PARA EL DESARROLLO – CID; UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. *Proyecto Políticas Nacionales de Apropiación de TIC de las Poblaciones Vulnerables, Uso Responsable de TIC, y Socialización de la Política de Uso Responsable*. Política Nacional de Uso Responsable de Internet y otras TIC. Octubre 2010. Disponible en línea: <http://www.enticconfio.org/portals/0/Pol%C3%ADtica.pdf> [6.11.2011]

PRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Decreto Supremo No. 26553. 19 de marzo de 2002. Disponible en línea: http://www.bolnet.bo/adsibnueva/decretos/Decreto_26553_img.pdf [11.09.2011]

REPÚBLICA DE BOLIVIA. Proyecto de Ley No. 080 de 2007.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Civil. Colombia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971.
Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 1747 del 11 de septiembre de 2000.
Diario Oficial N44.160 del 14 de septiembre de 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Exposición de motivos. Ley 527 de 1999.
Disponible en línea: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=10595> [11.09.2011]

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1480 de 2011. Diario Oficial No. 48.220
de 12 de octubre de 2011.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 588 de 2000. Por medio de la cual se
reglamenta el ejercicio de la actividad notarial. Diario Oficial
44.071 del 6 de julio de 2000.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Código Civil. Ecuador.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 527 de 1999. Diario Oficial No. 43.673
del 21 de agosto de 1999.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Código Civil. Ecuador

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Código de Comercio. Ecuador

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Decreto Ejecutivo No. 3496 de 2002. Registro
Oficial Suplemento No.735 del 31 de diciembre del 2002.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ley No. 67 de 2002. Registro Oficial
Suplemento No. 557 de 17 de Abril del 2002.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. Plan Nacional para el Buen Vivir,
construyendo un Estado plurinacional e Intercultural. Plan
Nacional de Desarrollo 2009-2013. Disponible en línea: [http://
plan.senplades.gob.ec/documentos-del-pnbv](http://plan.senplades.gob.ec/documentos-del-pnbv) [11.09.2011]

REPÚBLICA DEL PERÚ. Código Civil. Perú.

REPÚBLICA DEL PERÚ. Código de Comercio. Perú

REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley No. 27269. Diario Oficial El Peruano del día 28 de mayo del 2000.

REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley No. 27291. Diario Oficial El Peruano del día 17 de junio del 2000.

REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley No. 27310. Diario Oficial El Peruano del día 17 de julio del 2000.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto 02117239 del 13 de Febrero de 2003. Recogido el día 27 de junio de 2008 del sitio Web de la Superintendencia de Industria y Comercio: <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2003/Febrero/02117239.php>

SUPERINTENDENTE DE NOTARIADO Y REGISTRO DE COLOMBIA. Resolución Núm. 643 del 17 de febrero de 2004

UNIÓN EUROPEA. Directiva 1999/93/CE. 13 de diciembre de 1999. Marco comunitario para la firma electrónica.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/31/CE. 8 de junio de 2000. Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/21/CE. 7 de marzo de 2002. Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2002/65/CE. 23 de septiembre de 2002. Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 93/13/CEE. 5 de abril de 1993. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en materia de contratos a distancia.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 97/7/CE. 20 de mayo de 1997. Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 98/27/CE. 19 de mayo de 1998. Acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 98/34/CE. 22 de junio de 1998. Establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 98/84/CE. 20 de noviembre de 1998. Protección jurídica de los servicios de acceso condicional, o basados en dicho acceso.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento 1211/2009. 25 de noviembre de 2009. Se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina.